Netherlands

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

5e Deel.
Tweede Druk.

BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ
VOORHEEN
E. J. BRILL.
LEIDEN — 1900.

HET
NEDERLANDSCHE BURGERLIJK PROCESRECHT

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.

OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

5e Deel.

TWEEDE DRUK.



BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ

VOORHEEN

E. J. BRILL.

LEIDEN — 1900.

Met dit vijfde deel van het *Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht* heb ik de taak, die ik mij had opgelegd, ten einde gebracht. De titel van het werk ware zeker ruim genoeg om er ook het *executierecht* in op te nemen, doch de bewerking van dit laatste, hoe belangrijk en uitlokkend die arbeid moge zijn, kan ik niet meer aanvaarden.

Bij de behandeling van de *middelen van voorziening tegen de vonnissen* heb ik niet, zooals de wetgever b. v. bij het hooger beroep doet, naar den *eersten aanleg* kunnen verwijzen omdat, sedert mijne behandeling daarvan, het wetboek, bij de bekende wet van 7 Juli 1896 Stbl. nº. 103, belangrijke wijzigingen heeft ondergaan. Ik heb dientengevolge meer dan anders het geval zou geweest zijn, ook het geding in eersten aanleg moeten bespreken. Dat ik daarbij trouw gebruik heb gemaakt van het werk van Mr. A. F. K. Hartogh en Mr. A. Cosman, *de wet van* 7 *Juli* 1896 *Stbl. nº*. 103 *tot wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering toegelicht*, spreekt van zelf.

Als auteurs van het eerste ontwerp waren beide, en de eerstgenoemde schrijver nog bovendien, wegens zijne deelneming aan de behandeling van dat ontwerp in de beide Kamers der Staten-Generaal, waarbij hem uit den aard der zaak het leeuwenaandeel toeviel, tot de uitgave van eene toelichting als geroepen. Op uitnemende wijze hebben zij zich van hunne taak gekweten. Toch mag, waar zij de nieuwe bepalingen interpreteeren of uit de gehouden beraadslagingen

gevolgtrekkingen maken, die interpretatie allerminst als eene authentieke worden aangemerkt. De schrijvers vragen dan ook zulk een gezag voor hun werk volstrekt niet; maar ook bij onze juristen bestaat nog genoeg gewoonte om anderen voor zich te laten denken, dat er geen aanleiding zou bestaan dit te doen, waar men zou kunnen meenen reden te hebben zich gerustelijk en met zekerheid op de meening te verlaten van hen die men als met den Wetgever meent te kunnen vereenzelvigen. Overbodig acht ik het daarom niet te herinneren dat aan niemand op het gebied onzer wetenschap het *αὐτὸς ἔφα* mag worden toegekend.

Dankbaar voor de belangstelling, welke mijn werk tot dusver mocht ondervinden, hoop ik dat die ook aan dit laatste deel moge ten deel vallen.

Men vergunne mij te besluiten met de woorden waarmede eens MERULA zijne *Voorrede tot den Lezer* besloot, en deze tot de mijne te maken: „Alles is geschreven niet om iets onwederleglijks te geven, maar om ieder een gewissen voet te toonen vorder te treden. Eindelijk met uwe gunste en goedwilligheid verwekt ook andere tot uwe vordere diensten." „*Vaartwel.*"

V. B. F.

Leiden, 15 April 1899.

De belangstelling, waarop ik hoopte, bleef niet uit. Pas was een jaar na de uitgave verloopen, toen de Uitgevers mij mededeelden dat een tweede druk noodzakelijk is. Ik geef dien dan, afgezien van enkele aanvullingen en correctiën van ondergeschikt belang, zoo goed als onveranderd.

Overigens houd ik mij aan wat ik 15 April 1899 aan den Lezer schreef.

V. B. F.

Leiden, 1 Juli 1900.

INHOUD VAN HET VIJFDE DEEL.

HOOFDSTUK IX.

Middelen van voorziening tegen vonnissen.

AFDEELING III.

Revisie.

AFDEELING IV.

Beroep in cassatie.

TITEL I.

HET RECHTSMIDDEL.

TITEL II.

RECHTSPLEGING.

TITEL III.

AFDEELING V.

Requeste civiel.

TITEL I.

HET MIDDEL.

AANWIJZING

R BLADZIJDEN, WAAR DE ARTIKELEN DER VERSCHILLENDE WETTEN EN WETBOEKEN IN HET VIJFDE DEEL AANGEHAALD WORDEN.

[...]TBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTS-VORDERING.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Faillissementwet.

VERBETERINGEN.

Bl. 47 r. 3 v. o. *staat:* van de *lees:* der
„ 100 r. 9 v. b. „ verklaard? *lees*: verklaard? art. 335 § 2
„ 114 r. 9 v. b. „ opmerkte. *lees:* opmerkte. Verg. bl. 110
„ 191 onder II *nog bij te voegen:* Opmerking verdient alleen de in art. 284 voorkomende bepaling dat, door het vervallen van de instantie in hooger beroep, het vonnis, waarvan men in hooger beroep gekomen was, kracht van gewijsde zaak verkrijgt. Het gevolg van het verval der instantie is toch in de eerste plaats daarin gelegen dat de aanleg van het hooger beroep vervalt, en dat dit nu niet op nieuw ingesteld kan worden volgt wederom daaruit, dat de termijn voorbij is. Er zal dan ook van het aldus in gewijsde gegaan vonnis geen beroep in cassatie kunnen plaats hebben.
„ 192 r. 6 v. o. *staat:* 27, 2° *lees:* 27.
„ 195 r. 4 v. b. „ verwezen. *lees:* verwezen. Art. 160 werd dan ook ingetrokken
„ 279 r. 7 v. o. *bij te voegen:* artt. 412, 416.
„ 281 r. 15 v. b. *staat:* vast, *lees:* vast, van welke altijd door eene akte moet blijken (art. 1888 § 2 B. W.)

HOOFDSTUK IX.

MIDDELEN VAN VOORZIENING TEGEN VONNISSEN.

§ 152. IN HET ALGEMEEN.

Wat zij zijn en welke.

Wanneer een vonnis bij verstek of op tegenspraak is gewezen, is daarmede wel een aanleg van het geding ten einde gebracht en een stilstand in den strijd ontstaan, doch deze is daarmede niet afgeloopen.

De wet geeft middelen van voorziening tegen vonnissen, waardoor de nadeelen, welke eene in het ongelijk gestelde partij door een vonnis zou kunnen lijden, kunnen worden afgeweerd.

Als zoodanig erkent zij er vijf: verzet, hooger beroep, revisie, beroep in cassatie, request civiel. Bovendien geeft de wetgever nog een eigenaardig middel van voorziening in het verzet door derden.

Het nadeel, dat door een vonnis kan worden geleden, behoeft nauwlijks nader aangewezen te worden, wanneer men denkt aan de gevolgen welke het vonnis voor den daarbij in het ongelijk gestelde heeft, vooreerst door zijn verbindende kracht, welke den in het ongelijk gestelde tot gehoorzaamheid verplicht en voorts doordien datgene wat het uitmaakt als recht, recht is tusschen partijen. Dit nadeel behoort niet geleden te worden, dan nadat er gelegenheid heeft bestaan voor een behoorlijk onderzoek van het geschil; een onder-

zoek dat de noodige waarborgen oplevert voor de juistheid der uitspraak. Eischt de wet onderworpenheid aan het vonnis des rechters en wil zij het als waarheid erkend hebben, dan moeten er waarborgen bestaan dat het, zooveel dit menschelijker wijze te bereiken is, waarheid *is*.

Daartoe heeft de wetgever noodig geacht middelen te scheppen, om de zaken, waarin vonnis werd gewezen, in 't algemeen voorzoover de kostbaarheid der processen daaraan niet in den weg staat, aan de proef van een herhaald onderzoek te onderwerpen, opdat zij, voorzoover zij bleken onjuist te zijn gewezen, verbeterd zouden kunnen worden. Dit is in het algemeen de *strekking* welke de vijf eerst aangewezen middelen met elkander gemeen hebben. Na herhaald onderzoek een nieuwe uitspraak, niet eenvoudig eene vernietiging zonder beslissing van den tusschen partijen aanhangigen rechtsstrijd.

Aard. Het herhaald onderzoek der zaken, wat in het algemeen de strekking van deze middelen is, verschilt in omvang naar gelang van de reden waarom zij worden toegekend; daarvan hangt het ook af, of dezelfde dan wel een andere rechter met dat herhaald onderzoek belast wordt.

Het *verzet* wordt gegeven aan den bij het vonnis in het ongelijk gestelden, afwezig gebleven gedaagde, tot handhaving van het beginsel, dat geen veroordeeling definitief moet zijn, zonder dat beide partijen zijn gehoord. Vandaar dat dit middel bij *denzelfden rechter* wordt aangewend, die het eerste vonnis wees. Voordat nu verder worde gegaan, moet hier onderzocht worden, of niet de rechter anders zou hebben geoordeeld, indien hij ook de verdediging van den gedaagde had vernomen. Stelde hij den eischer dien hij hoorde, in het ongelijk, dan moge ook deze beklag hebben, maar deze heeft aan den rechter, die hem in het ongelijk stelde niets meer te zeggen. Heeft deze niet juist recht gesproken, dan kan hij niet zelf daarover oordeelen, maar moet het oordeel van een ander, en wel van een hoogeren rechter worden ingeroepen.

Zoo wordt het *hooger beroep* gegeven om een hernieuwd onderzoek van de zaak in haren geheelen omvang bij een *hoogeren rechter* te doen plaats hebben, die te oordeelen heeft of er goed of verkeerd werd gevonnist.

Om dezelfde reden wordt het middel van *revisie* toegekend. Maar aangezien de gevallen waarin dit gegeven wordt, vonnissen

betreft door het hoogste rechterlijk college uitgesproken en dus voor het herhaald onderzoek der zaak een hoogere rechter ontbreekt, zoo moet hier wel hetzelfde rechterlijk college tot rechtspraak worden geroepen, al zal dit voor deze rechtspraak niet uit geheel dezelfde rechters bestaan maar met een aantal nieuwe rechters worden aangevuld.

Ofschoon in geval zoowel van verzet als van hooger beroep en revisie de zaak in haren geheelen omvang aan een herhaald onderzoek wordt onderworpen, zoo is dat onderzoek in geval van verzet slechts een aanvullend onderzoek. Heeft nu de wetgever in 't algemeen een tweede onderzoek wenschelijk, maar ook tot waarborg van de juistheid van het vonnis voldoende geacht, dan ligt het voor de hand, dat een vonnis op een daartegen ingebracht verzet gewezen, nog na het dientengevolge herhaalde onderzoek der zaak aan hooger beroep onderhevig blijft. Eerst nadat de zaken die daarvoor vatbaar zijn, in hooger beroep zijn onderzocht, wordt daarover in het hoogste ressort rechtgesproken. Daarmede is evenwel het rechterlijk onderzoek nog niet uitgeput.

Het belang van partijen wordt eigenlijk wel bevredigd geacht, maar het belang der wet, en bepaaldelijk het belang eener gelijkvormige toepassing der wet, eischt nog een nader onderzoek, wat de vraag betreft, of de wet behoorlijk werd toegepast en dus alleen voor dat gedeelte van het vonnis, hetwelk de beslissing van de rechtsvraag betreft en dat door den rechter in hooger beroep werd uitgesproken of ook van het vonnis dat de lagere rechter in hoogste ressort uitsprak. Zoo is hier de omvang van het onderzoek beperkt en de opdracht van het oordeel aan het Opperste Gerechtshof is in overeenstemming met de strekking van het middel. Niet het belang van partijen staat hierbij op den voorgrond; dit bestaat wel, want de toepassing van het middel kan op hunne rechten in geschil van afdoenden invloed zijn. In het belang der wet werd in de eerste plaats het beroep in cassatie geschapen. Der partijen belang is hier het middel om het doel, het belang der wet, zoo ruim mogelijk te bereiken.

Kan men, nadat deze middelen aangewend zijn of ter beschikking hebben gestaan van partijen die niet noodig geacht hebben daarvan gebruik te maken, aannemen dat met recht aan 's rechters uitspraak de straks vermelde gevolgen kunnen worden toegekend, toch kunnen er gevallen zijn, waarin de toepassing van het „res iudicata pro

veritate habetur" tot onrecht zou leiden. Niet omdat eene betere beoordeeling van de feiten of van de rechtsvraag, die in geschil waren, mogelijk of zelfs hoogstwaarschijnlijk geacht wordt; want zoodanige, altijd bestaan blijvende betwistbaarheid van de juistheid van een vonnis, wordt immers door het formeel gezag aan het vonnis toegekend, uitgesloten; maar wanneer, om het in algemeene termen uit te drukken, de rechter niet had mogen rechtspreken gelijk hij deed, of zijn vonnis door bedrog werd verkregen. Dit is in 't algemeen de reden waarom het middel van request civiel wordt toegekend. Die reden brengt tevens mede dat hier dezelfde rechter, welke het bestreden vonnis wees, om vernietiging van het eerst gewezen en het wijzen van een nieuw vonnis zal worden verzocht.

Eindelijk kan nog het nadeel van een vonnis worden afgewend, door het middel van verzet door derden. Hier is het evenwel niet het nadeel, dat uit de bindende kracht van het vonnis voor partijen en zijn gezag als gewijsde tusschen dezen kan voortkomen, wat het middel bestemd is af te weren, want het vonnis heeft die kracht tegenover derden, aan wien hier een middel toegekend wordt, niet, maar het gaat tegen de nadeelige gevolgen welke de uitvoering van het vonnis of de voldoening aan de veroordeeling voor een derde zou kunnen hebben. Een singulier middel, dat alleen dit met de andere middelen gemeen heeft, dat het onmiddellijk tegen een vonnis wordt te werk gesteld. De omvang van het onderzoek wordt daardoor vanzelf beperkt. Dat het bij den rechter die het benadeelend vonnis wees moet worden aangebracht, ligt voor de hand. Maar van de verbetering om een mogelijke dwaling des rechters of eene onvolledigheid in zijn onderzoek is hier geen sprake, want op een beweerd recht van een buiten het proces staanden derde had de rechter niet te letten.

Uitsluitend deze middelen.

Uit de regeling van de middelen die tegen vonnissen kunnen worden aangewend, volgt dat zij ook alleen langs dien weg opgeheven of van kracht beroofd kunnen worden.

Uitzonderingen welke den regel bevestigen, berusten op uitdrukkelijke bepalingen der wet. Zoo verliest een vonnis, waarbij scheiding van goederen wordt uitgesproken, zijne kracht, of gelijk de wet het uitdrukt, „vervalt van rechtswege", indien het niet, blijkens eene daarvan op te maken authentieke, d. w. z. notariëele (Zie art. 1 wet

v. h. Not. ambt) akte, vrijwillig is tenuitvoergelegd, door de werkelijke verdeeling der goederen, of wanneer binnen den tijd van ééne maand, nadat het vonnis kracht van gewijsde heeft bekomen, geen gerechtelijke vervolgingen daartoe door de vrouw zijn begonnen en regelmatig worden voortgezet". Art. 246 B. W. — De kracht van een vonnis waarbij echtscheiding is uitgesproken vervalt, indien de inschrijving in de registers van den burgerlijken stand niet heeft plaats gehad, uiterlijk binnen den tijd van zes maanden, te rekenen van den dag, waarop dat vonnis voor geen wettelijk beroep meer vatbaar is. Art. 276 B. W.

Vóór de herziening van 1886 bevatte art. 88, bij die gelegenheid ingetrokken, de bepaling, dat een vonnis bij verstek gewezen zijne kracht verloor, wanneer de tenuitvoerlegging niet begonnen was binnen zes maanden na de uitspraak. Het werd dan als niet gewezen beschouwd.

Eindelijk vervalt een vonnis van onteigening, wanneer niet binnen zes maanden, nadat het in kracht van gewijsde is gegaan, de schadeloosstelling betaald, of, in de gevallen, waarin dit volgens de wet op de onteigening kan geschieden, geconsigneerd is. Art. 55 wet 28 Augustus 1851, regelende de onteigening t. a. n. Staatsbl. n°. 125.

Onderscheidingen.

Men kan deze middelen wel onderscheiden in de zoodanige, die bij denzelfden rechter en die bij een anderen rechter worden aangewend, en dan tot de eerste brengen verzet, request civiel, en verzet door derden, terwijl dan de revisie als een mixtum, als een tot beide of tot geen van beide categoriën behoorende, kan beschouwd worden. Maar die onderscheiding, welke uitsluitend op dit uiterlijk kenteeken en niet op eene nadere verwantschap tusschen de tot dezelfde categorie behoorende middelen berust, is zonder eenig wetenschappelijk, noch practisch belang.

Eene andere onderscheiding is die tusschen gewone en buitengewone middelen van voorziening, die niet geheel zonder belang is.

Deze onderscheiding werd in den franschen Code gemaakt. Naast de behandeling van het hooger beroep in het derde boek van het eerste gedeelte stond de behandeling in den daarop volgenden IV^den^ titel van „les voies extraordinaires pour attaquer les jugements," en daarin kwamen de bij ons behouden middelen van verzet door derden

en request civiel voor. Deze werden dus kennelijk als buitengewone tegenover het hooger beroep als gewoon middel gesteld en bij dit laatste behoorde dan natuurlijk ook het op drie plaatsen in het wetboek behandelde verzet. De cassatie, die niet in den Code geregeld was, werd door de fransche schrijvers tot de buitengewone middelen gebracht. De aan de buitengewone middelen ontbrekende, doch aan de gewone toekomende eigenschap, bestond in de schorsende kracht, en een vonnis ging in kracht van gewijsde, niettegenstaande die buitengewone middelen nog openstonden. Verg. Dl. II, bl. 173.

Zoo zullen ook nog bij ons, al mocht de wetgever. door eene andere inrichting van het wetboek, de tegenstelling niet met zooveel woorden gemaakt hebben, het request civiel en het verzet door derden tot de buitengewone middelen gebracht moeten worden, doch het beroep in cassatie, waaraan onze wetgever schorsende kracht toekent, kan daartoe niet meer gerekend worden, al heeft het naar strekking en inhoud een buitengewoon karakter en al vinden wij ook nog eene reminiscentie aan dat buitengewoon karakter in art. 103 R. O., waar de partijen in het beroep in cassatie niet-ontvankelijk worden verklaard „zoolang de gewone wijze van procedeeren toereikende is om hare bezwaren te doen herstellen, hetzij door denzelfden rechter bij wien de zaak heeft gediend, hetzij door middel van hooger beroep". Zoo worden hier toch verzet en beroep als gewone middelen van procedeeren tegenover de cassatie als buitengewoon middel gesteld. Maar het gewone tegenover het buitengewone is hier betrekkelijk en er is geen kwestie van of het request civiel en het verzet door derden blijven tegenover de cassatie buitengewone middelen, al worden beiden bij denzelfden rechter aangebracht bij wien de zaak gediend heeft. Want request civiel is geen verzet en verzet door derden komt niet aan partijen toe.

Karakter van processuëele middelen.

De middelen van voorziening tegen vonnissen hebben — met uitsluiting van het derde verzet — het eigenaardig karakter van te zijn processuëele middelen. Men kan hun de benaming van rechtsvorderingen geven, gelijk de wet daaraan den naam van eisch geeft, maar deze benaming heeft hier een zuiver processuëele beteekenis.

Noemde ik in Dl. I, bl. 233, de rechtsvordering in formeelen zin de vordering van het recht, om daarmede aan te duiden de handeling op dat doel gericht en bestaande in het instellen van den

eisch, terwijl ik daaraan in materieelen zin de beteekenis gaf van de in het recht liggende bevoegdheid, om zich dat recht door den rechter te zien toekennen of het te doen erkennen m. a. w. het recht om te vorderen, deze benamingen komen hier op deze wijze in toepassing, dat de rechtsvordering, het recht om te vorderen, bijv. verbetering door een vonnis door hooger beroep, even goed als de handeling waardoor de daartoe bevoegde dit recht doet gelden, is van zuiver processuëelen aard. Want de bevoegdheid is niet besloten in een naar 't burgerlijk recht toekomend recht, maar niets anders dan een middel tot bevordering van eene behoorlijke rechtspraak over het eens in geding gebrachte recht. De vordering van het recht is hier de vordering tot vernietiging en verbetering van een vonnis. De materieele beteekenis van deze voorzieningen, blijft gelegen in het recht, dat het voorwerp van de oorspronkelijk ingestelde rechtsvordering uitmaakt en het middel van voorziening tegen een vonnis brengt den strijd daarover bij denzelfden of bij een anderen rechter tot een herhaald onderzoek over. En zoo blijven dan ook uit het oogpunt van het materieele recht de partijen in hare oorspronkelijke rollen van eischer en gedaagde. Alleen formeel en tengevolge van den processuëelen maatregel en te dien opzichte wordt hij die 't middel aanwendt eischer, en de ander, tegen wien het aangewend wordt, gedaagde. Processueel is het middel. Maar daarom niet louter vorm. Behalve vorm heeft het zijn inhoud. De vereischten om het middel te werk te stellen binnen de grenzen door de wet gesteld aan de bevoegdheid van de partijen en de omstandigheden, waaronder zij het toekent, geven den inhoud aan de vormen voor het te werk stellen van het middel voorgeschreven. Zoo zal ik bij de behandeling van de middelen in het bijzonder, het middel zelf en de rechtspleging daarbij in acht te nemen in afzonderlijke titels behandelen. In de Duitsche Civil-Prozessordnung heeten de middelen van voorziening tegen vonnissen bij uitnemendheid Rechtsmittel.

Nog dient opgemerkt dat, ofschoon hier ook in de wet van een eisch gesproken wordt, hier niet, als bij het instellen van eene rechtsvordering iets van de tegenpartij gevorderd wordt, maar veeleer van den rechter de verbetering van een vonnis geeischt, eigenlijk verzocht wordt.

Met het verzet door derden is het eenigszins anders gesteld dan met de andere middelen. Hier komt de derde voor het behoud van een eigen recht op tegen een vonnis dat aan de uitoefening van

dat recht in den weg staat. De bestrijding van een vonnis door een derde tegenover de partijen, is hier eene bijzondere wijze, waarop den rechthebbende derde toegelaten wordt om de in zijn recht liggende bevoegdheid om dit in rechte te vorderen te doen gelden. De door een vonnis geregelde verhouding tusschen partijen, moet wijken voor of gewijzigd worden door een den derde toekomend recht.

Orde van behandeling.

In de volgende afdeelingen van dit hoofdstuk zal ik de onderscheidene middelen van voorziening tegen vonnissen, in deze orde behandelen:

Afdeeling I. Verzet.
Afdeeling II. Hooger beroep.
Afdeeling III. Revisie.
Afdeeling IV. Cassatie.
Afdeeling V. Requeste civiel.
Afdeeling VI. Verzet door derden.

De afwijking van de orde door den wetgever in acht genomen, bestaat hierin, dat ik geen reden vond om de cassatie in de laatste plaats te behandelen. Daartoe gaf den wetgever eenvoudig aanleiding het feit, dat zij in den C. de Pr. niet behandeld werd en ons wetboek er mede werd aangevuld. Ook behoorde het verzet in dit werk bij de andere voorzieningen te worden behandeld. En daar ik zooveel mogelijk het proces behandeld heb naar den loop welken het in de rechtspleging zelve volgt, zoo moest hier het eerst in aanmerking komen het verzet, dewijl dit, waar het in toepassing komt, aan het hooger beroep vooraf gaat. Na verzet of na hooger beroep of na beide, pleegt de cassatie te komen. Zoo is de meest gewone afloop van den rechtstrijd. Revisie is een nagemaakt hooger beroep. Het geldt als een hooger beroep voor arresten door den H. Raad in eersten aanleg gewezen. Requeste civiel is ook daarom een buitengewoon rechtsmiddel, omdat er zelden voor zijne toepassing gelegenheid is, en verzet door derden ligt als voorziening tegen een vonnis geheel buiten de orde der dingen. Het is mijns inziens een onding en moet alzoo bij de behandeling zoover mogelijk naar den buitenkant staan; „in partibus infidelium," als ik zoo zeggen mag. Vrucht van eene op een onzuiver begrip steunende traditie, werd het in 't leven gehouden door superstitie. Het ligt dan ook buiten het in den aanhef aangeduide algemeene karakter der middelen van voorziening tegen vonnissen.

AFDEELING I.

VERZET.

Boek I, tit. 1, afd. 6, artt. 81—88; C. d. Pr. I. L. I, tit. 3. L. II, tit. 8, tit. 25, artt. 434—438; Wetboek 1830 B. I, tit. 1, afd. 5. Ontwerp 1865, B. III, iit. 1.

De nederlandsche wetgever zag zeer goed in, dat het een fout was in de samenstelling van den C. d. Pr., om het middel van verzet op drie plaatsen in het wetboek te behandelen, als middel tegen de vonnissen der vrederechters, als middel tegen de vonnissen van de rechtbanken van eersten aanleg, en dan nog weer als middel tegen de vonnissen van de rechtbanken van koophandel. Als een middel van algemeene strekking meende hij het in den algemeenen titel van het eerste boek te moeten opnemen, doch verbond hij het ten onrechte met de vonnissen, terwijl het met andere middelen van voorziening tegen vonnissen bij deze behoorde, zoodat het onmiddellijk voor het hooger beroep had moeten worden geplaatst. De ontwerper van 1865, de indeeling van de stoffen van het wetboek beter systematizeerende, bracht het van zelf in een derde boek met de overige middelen tegen vonnissen aan te wenden. Uit de plaatsing in den algemeenen titel volgt wel, dat omtrent het verzet alleen bepalingen zijn opgenomen, die aan dit middel bijzonder eigen zijn, en welke alzoo, als zij geene beperking inhouden, bij alle gerechten en in alle instanties waarin het verzet kan voorkomen toepasselijk zijn, maar dat overigens de wijze van procedeeren moet worden gevolgd, zooals die in 't algemeen voor andere zaken bij de onderscheidene gerechten in de daartoe betrekkelijke titels geregeld is.

TITEL I.

HET RECHTSMIDDEL.

§ 153. BEGRIP.

Het verzet is het aan een niet verschenen en dientengevolge in het ongelijk gestelden (bij verstek veroordeelden) gedaagde toegekende Wat het is.

middel om verbetering van het vonnis, dat hem dus in het ongelijk stelde, te erlangen van den rechter, die dat vonnis wees. Art 80, § 1.

Het verzet is dus bij uitsluiting toepasselijk op een vonnis bij verstek, niet echter op alle vonnissen, die bij verstek werden gewezen.

Het komt niet te pas tegen een vonnis dat tegen den eischer verstek verleende. Zoodanig vonnis bevat geene veroordeeling. De gedaagde wordt dan van de instantie ontslagen en de eischer kan de zaak opnieuw aanleggen, terwijl de tegen hem uitgesproken veroordeeling in de kosten niet op te heffen is. Art. 75.

Evenmin met opzicht tot een vonnis bij verstek gewezen, waarbij een eischer zijn eisch werd ontzegd. De eischer heeft dan, indien het vonnis voor hooger beroep vatbaar is, het middel van hooger beroep. Werd het in het hoogste ressort gewezen, dan kan het middel van cassatie voor hem openstaan. De gedaagde kan dan zijne verdediging in het hooger beroep of in de cassatie doen gelden. Artt. 76, 335, 401.

Het verzet is uitgesloten, wanneer van meer gedaagden een of meer niet verschijnen. Dan wordt wel tegen de niet verschenen verstek verleend, maar er wordt een nieuwe oproeping gedaan en daarop tegen allen, ook tegen hen die niet verschenen, als op tegenspraak recht gedaan. Er valt hier derhalve geen bij verstek gewezen vonnis te bestrijden. Artt. 79, 335 § 2.

Ook is verzet uitgesloten, wanneer de bij verstek veroordeelde, die van het middel van verzet gebruik maakt, niet verschijnt en alzoo ten tweeden male bij verstek wordt veroordeeld. Art. 87. Hij is dan van ieder middel verstoken, ook van dat van cassatie. Zie art. 400.

Eindelijk is, in den regel althans, het verzet uitgesloten tegen een tegen den verweerder in cassatie bij verstek gewezen arrest. Art. 425 laat het toch alleen toe, wanneer er gronden waren tot nietigverklaring van de dagvaarding of het beroep was ingesteld na verloop van den wettelijken termijn.

Ik had de bepaling van het middel wel korter kunnen maken door eenvoudig van den veroordeelde bij verstek te spreken en nog korter door de ook in de wet meermalen voorkomende en in de praktijk gebruikelijke benaming van defaillant te bezigen. Nu kan men er verschillend over denken, of het al of niet wenschelijk zij dergelijke exotische uitdrukkingen te bestendigen, maar in een begrips-

bepaling komt het mij beter voor, ze zooveel mogelijk te vermijden. In den regel zal de niet-verschenen en dientengevolge in het ongelijk gestelde gedaagde wel niet verschillen van een bij verstek veroordeelde. Maar niet alle vorderingen strekken tot veroordeeling en niet altijd houdt het vonnis, afgezien van de bijkomende uitspraak over de kosten, eene veroordeeling in, zelfs niet op het gebied van het vermogensrecht (zie Dl. I, bl. 245, II, bl. 189). En juist omdat veroordeeling de regel is en men alzoo gewoon is van den bij verstek veroordeelde te spreken, wat ik mij bij gelegenheid ook wel veroorloofd heb en veroorloven zal, is 't niet kwaad hier ook aan de gevallen, waarin geen veroordeeling wordt uitgesproken, te denken en daartoe algemeener of ruimer uitdrukkingen te kiezen.

Geen geschil kan door den rechter rechtvaardig worden beslist, wanneer hij niet beide partijen heeft gehoord. Toch mag de zucht naar rechtvaardigheid, die „constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi" niet tot onrechtvaardigheid leiden door rechtspraak te weigeren, wanneer eene partij door weg te blijven zijn verhoor onmogelijk maakte. Dan zou een eischer van zijn recht verstoken kunnen worden en het „zalig zijn de bezitters" werd eene onhoudbare, in een geordenden staat duldlooze werkelijkheid. De praktijk der eigenrichting ware niet te keeren. Onze wetgever drukt het aangehaald beginsel dan ook zeer voorzichtig uit, door in art. 45 niet eenvoudig te bepalen, dat partijen door den rechter over en weer gehoord worden (Art. 13 C. de Pr.) maar daarbij te voegen: „indien zij verschijnen." Men kan iemand niet dwingen om zich tegen een tegen hem gerichte aanspraak te komen verdedigen; hij moet weten of hij een recht te verdedigen heeft en of hij dit wil doen. Maar wanneer hij behoorlijk gedaagd is en niet verschijnt, moet hij wel geacht worden niets te zeggen te hebben en het nadeel, dat hij daarvan ondervindt door in het ongelijk gesteld te worden, is in het algemeen volkomen gerechtvaardigd. Toch blijft het waar dat hij ongehoord werd veroordeeld en, wordt hij al geacht niets te zijner verdediging te hebben kunnen noch te willen inbrengen, men kan dit slechts over het algemeen aannemen; in bijzondere gevallen kan het falen.

Zoo kan hij een reden hebben om zich wel niet over den rechter — die niet door hem werd ingelicht — maar over het vonnis te beklagen en is het rechtvaardig te achten dat hij tot dit beklag

worde toegelaten, maar ook rationeel dat hij de verbetering van het hem veroordeelend vonnis vrage van den rechter, dien hij niet inlichtte, door dezen alsnog tot een ander oordeel in staat te stellen. Het is wel opmerkelijk dat dit niet met zoovele woorden in de wet wordt gezegd. Maar er wordt ook geen andere rechter tot kennisneming van het verzet aangewezen. Het verzet geeft dan den nietverschenen en dientengevolge in het ongelijk gestelden gedaagde het middel om te voorkomen dat het vonnis tegen hem tenuitvoergelegd worde en vooralsnog gehoorzaamheid aan de uitspraak des rechters te weigeren en te zorgen dat dat vonnis niet vóór een hernieuwd onderzoek van de zaak voor hem, in zijne daarbij uitgemaakte rechtsverhouding, waarheid worde.

Zoo wordt zeker door het hem toegekende middel van verzet den gedaagde een uitmuntende waarborg verschaft tegen eene beschikking over zijn recht, zonder dat hij gelegenheid had zich te verdedigen. Maar wordt hem daardoor niet tegelijk een middel gegeven om den eischer in de handhaving van zijn recht op ongerechtvaardigde wijze op te houden en feitelijk daarin te verkorten of te benadeelen? Niet altijd voorziet daarin op voldoende wijze de voorloopige tenuitvoerlegging, niettegenstaande verzet. In het bijzonder komt de uitzetting van onwillige huurders hierbij in aanmerking, waarover zoo eens bij tijden klachten opgaan, die, al vinden ze luiden weerklank, ten slotte worden doodgezwegen, niettegenstaande eene wettelijke voorziening niet zoo heel veel moeilijkheden behoeft op te leveren. Ik verwees daartoe in W. n°. 5481 naar een belgische wet, terwijl Prof. Fockema Andreae in W. n°. 5484 op een nog beter voorbeeld uit eene vroegere plaatselijke wetgeving de aandacht vestigde.

Ook wordt tegen verrassing van den bij verstek veroordeelde gewaakt, door de bepaling dat het vonnis niet tenuitvoergelegd zal kunnen worden, dan na verloop van acht dagen na de beteekening aan de partij of in persoon of te harer woonplaats. Wanneer de wetgever daarbij voegt, dat die beteekening moet geschieden op de wijze als bij art. 2 en 4 voor de dagvaarding is bepaald, dan houde men in het oog dat, wanneer woonplaats is gekozen, volgens art. 81 B. W., de exploiten, dagvaardingen en vervolgingen bij de akte uitgedrukt of bedoeld, kunnen geschieden aan de gekozen woonplaats, en dat in de wijze waarop van deze bepaling wordt gebruik gemaakt of gebruik gemaakt kan worden, de strekking van dit voorschrift voor een goed deel illusoir kan worden. Aan den anderen kant kan de

belemmering, welke degene die het vonnis verkreeg, in bijzondere gevallen daardoor zou kunnen ondervinden, worden voorkomen door de tenuitvoerlegging in geval van dringende noodzakelijkheid vóór den afloop van de acht dagen bij vonnis te bevelen. Het onderscheid tusschen deze bevoegdheid en die van voorloopige tenuitvoerlegging bestaat hierin, dat deze laatste niettegenstaande verzet plaats heeft, terwijl het verzet de tenuitvoerlegging schorst, ook al heeft de vervolger de bevoegdheid om binnen de acht dagen na de beteekening tot tenuitvoerlegging over te gaan.

Dat de tenuitvoerlegging van vonnissen op tegenspraak gewezen, volgens art. 342 § 2, gedurende acht dagen na de uitspraak wordt geschorst en hier de beteekening is behouden ligt in den aard van het vonnis bij verstek, dat buiten tegenwoordigheid en, gelijk verondersteld moet worden, buiten kennis der tegenpartij is gewezen. Eerst de beteekening doet haar kennis krijgen van het vonnis, ja soms van de geheele tegen haar gevoerde procedure.

§ 154. BIJZONDERE VEREISCHTEN TOT HET VERZET.

Het verzet moet worden gedaan binnen veertien dagen nadat het vonnis aan den veroordeelde is bekend gemaakt, door beteekening aan hem in persoon, hetzij van dat vonnis, hetzij van eenige uit kracht van het vonnis opgemaakte of ter uitvoering daarvan strekkende akte, of nadat door hem een daad is verricht, waaruit blijkt dat het vonnis of de daarvan aangevangen tenuitvoerlegging hem bekend is. Art. 81, § 1. Termijn binnen welken.

Heeft die bekendmaking geen plaats gehad of blijkt de bekendheid niet op de aangewezen wijze, dan kan het verzet gedaan worden tot zoolang het vonnis niet is tenuitvoergelegd. Art. 81. § 2. Vonnis moet niet tenuitvoergelegd zijn

De tenuitvoerlegging van het vonnis wordt gerekend te hebben plaats gehad: noch gerekend tenuitv. gelegd te zijn.

in geval van gerechtelijke tenuitvoerlegging op de roerende goederen na den verkoop;

in geval van arrest onder derden op uit te keeren gelden, na de uitbetaling van deze aan den arrestant;

in geval van gerechtelijke uitwinning van onroerende goederen, op den veertienden dag na den aanslag of de aanplakking der in de artt. 515 en 517 vermelde biljetten;

in geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed, nadat het vonnis aan den gedaagde beteekend is en openbaar gemaakt door aanplakking van een uittreksel van het vonnis in de gehoorzaal der rechtbank van het arrondissement, alwaar de gedaagde woonplaats heeft en het gedurende een jaar aldaar aangeplakt is geweest; door aanplakking van een gelijk uittreksel in de gemeente waar de gedaagde woonplaats heeft, op de plaatsen waar dit gewoonlijk geschiedt, en eindelijk door de driemaal herhaalde plaatsing van zoodanig uittreksel in de dagbladen der provincie of bij gebreke van dien, in een dagblad van eene naburige provincie en zulks met tusschenpoozing van eene maand t'elken reize. En dan moeten er zoowel negentig dagen na de beteekening als dertig dagen na de laatste plaatsing in het dagblad verloopen zijn. Art. 82 jis artt. 828 en 811.

Verval. Het verzet vervalt, behalve na verloop van den termijn van veertien dagen hierboven vermeld en door de tenuitvoerlegging van het vonnis of doordien dit gerekend wordt tenuitvoergelegd te zijn, ook nog door berusting in het vonnis. Art. 81.

Nu de gedaagde noch in persoon, noch door een vertegenwoordiger aan het geding heeft deelgenomen en dus ook niet bij de uitspraak van het vonnis tegenwoordig is geweest, kan de termijn, binnen welken hij van het middel van verzet moet gebruik maken, onmogelijk van de uitspraak beginnen te loopen. Het vonnis moet hem bekend zijn, of het moet blijken dat hij er mede bekend is. Daardoor wordt de veroordeelde als het ware in gebreke gesteld om van het middel van verzet gebruik te maken en wordt hem een termijn van veertien dagen gegund om dit te doen. Vanwaar die korte termijn voor hem die van niets wist, terwijl voor het hooger beroep en voor cassatie aan de in het ongelijk gestelde partij, drie maanden wordt toegestaan? De wetgever kan zich klaarblijkelijk niet losmaken van de gedachte dat, niettegenstaande alle maatregelen die hij voorschreef om eene dagvaarding ter kennis van den gedaagde te doen komen, deze daarvan onkundig zou zijn gebleven. Hem onherroepelijk ongehoord te veroordeelen ging niet aan, hem door zijn wegblijven de gelegenheid te geven, den eischer in de handhaving van zijn recht te belemmeren ging ook niet. Dus wel een middel om tegen het vonnis op te komen, maar dit middel dan ook zoo spoedig mogelijk

aangewend, nadat de veroordeelde geen voorwendsel meer hebben kan, om onbekend te zijn met het tegen hem uitgesproken vonnis.

Uit de bepaling dat de termijn begint te loopen van beteekening van het vonnis of akten uit kracht of tot uitvoering daarvan aan den persoon, volgt niet dat beteekening aan de woonplaats hier zou zijn uitgesloten. Uit den aard der zaak volgt, dat deze uitsluiting ongerijmd zou zijn, eene argumentatio a contrario sensu ware hier geheel misplaatst en art. 80 leert ten allen overvloede het tegendeel. Zulk eene beteekening aan den persoon is slechts toevallig mogelijk en wordt hier vermeld als een daad waaruit de bekendheid met het vonnis of de aangevangen tenuitvoerlegging blijkt. Het is alzoo licht mogelijk dat een der aangewezen aanvangspunten van den veertiendaagschen termijn ontbreekt. Dat er dàn geen verzet wordt toegelaten, wanneer de veroordeelde de tenuitvoerlegging van het vonnis geheel heeft laten afloopen, zonder van het middel gebruik te maken, is duidelijk. De door het vonnis geregelde verhouding tusschen partijen heeft haar beslag gekregen en is door de toelating van den veroordeelde zelven geworden tot een voldongen feit. De eischer die het vonnis verkreeg deed, waartoe hij gerechtigd was en op de verkrijging van goederen bijv. door derden bij executorialen verkoop is niet terug te komen. De houding van den veroordeelde staat met eene berusting in het vonnis gelijk. Maar behoeft nu daarvoor wel altijd de tenuitvoerlegging van het vonnis geheel ten einde gebracht te zijn?

Art. 82 leert het tegendeel, doch ik kom daarop terug na nog een enkele opmerking te hebben gemaakt over art. 81, dat in verband met art. 82, bij een wet van 1886, n°. 230, eene wijziging heeft ondergaan, waardoor de gedachte des wetgevers is verduidelijkt en de aanleiding tot eene min rationeele opvatting der bepalingen is afgesneden, gelijk uit de straks door mij daarvan gegeven verklaring blijkt. Wanneer in art. 81 gesproken wordt van eene uit kracht van het vonnis opgemaakte akte, in tegenstelling van akten die ter uitvoering van het vonnis strekken, dan zal daaronder bijv. het bij artt. 439 en 502 bedoeld bevel behooren, hetwelk aan de inbeslagneming waarmede de tenuitvoerlegging aanvangt, moet voorafgaan. De inbeslagneming en de daarop volgende akten zijn dan akten van uitvoering. Het komt hier op de bekendheid van den veroordeelde met het vonnis of met de aangevangen tenuitvoerlegging aan, wat zeker de, nu verduidelijkte, bekentenis was van de

eenigszins dubbelzinnige slotwoorden van het vroeger art. 82, hetwelk sprak van eene daad waaruit voortvloeit dat de uitvoering van het vonnis bij den defaillant bekend was. Maar ofschoon, wanneer een enkele daad van uitvoering bekend was, kon gezegd worden dat de defaillant met de uitvoering bekend was, omdat en in zoover als die uitvoering uit eene reeks van handelingen bestaande, eene voortgezette daad is, zoo ware het toch onjuist om van die daad te zeggen dat het vonnis gerekend werd tenuitvoergelegd te zijn als zij gepleegd was. Nog erger om dan daaraan als gevolg te verbinden, dat het verzet niet meer ontvankelijk zou zijn, terwijl juist, gelijk thans uit art. 81 duidelijk volgt, het verzet binnen 14 dagen na zulk een daad moet worden gedaan om ontvankelijk te zijn. Want, al kan de veroordeelde, gelijk ik zeide, geacht worden in gebreke te zijn, om tegen het vonnis op te komen, nadeelig gevolg kan daaraan eerst met recht voor hem verbonden worden, als hij daarna in gebreke blijft. En daartoe heeft de wetgever veertien dagen als bedenktijd voldoende geacht. Dit zal bijv. het geval zijn, en de slotbepaling van art. 81 zal hare toepassing vinden, indien een bij verstek veroordeelde zich bij een krachtens het vonnis gelegd beslag, tot bewaarder der goederen heeft laten aanstellen en als zoodanig het proces verbaal van inbeslagneming heeft geteekend. Artt. 450, 452. En dit niettegenstaande de bepaling van het volgend artikel 82. Want daarbij is geen sprake van bekendheid met een daad van tenuitvoerlegging maar wordt de vraag beantwoord wanneer de tenuitvoerlegging, ofschoon niet geheel volbracht, zooals naar art. 81, § 2, toch gerekend mag worden te hebben plaats gehad. En daarmede kom ik terug op de vraag: Behoeft de tenuitvoerlegging wel geheel teneinde gebracht te zijn om het recht van verzet te loor te doen gaan? Neen, zegt de wet; de gerechtelijke tenuitvoerlegging wordt gerekend afgeloopen te zijn in geval van gerechtelijke ten uitvoerlegging op de roerende goederen, na den verkoop. En terecht. Want dan zijn er rechten op de goederen door derden verkregen. De veroordeelde had tijd genoeg om den voortgang der executie te beletten, vooral ook met het oog op alle openlijke handelingen, welke daaraan voorafgaan en de beslaglegger heeft recht op de uitbetaling der penningen, wat, behalve regeling van eene verdeeling van de opbrengst, nog als slot van de executie overblijft te verrichten. Zoo is het ook bij arrest onder derden op uit te keeren gelden, nadat de uitbetaling aan den arrestant heeft plaats gehad. Hier is zelfs met de

uitbetaling alles afgeloopen. De wet spreekt bepaaldelijk van de afgifte van uit te keeren gelden, krachtens executoriaal arrest onder derden. Maar wat is rechtens, met opzicht tot derde arrest op goederen? Wel zegt art. 752 dat de derde gearresteerde tot afgifte daarvan kan worden gedwongen, maar opdat zij dan bij executie verkocht worden, en daarom ben ik van oordeel dat het verzet tegen het vonnis hier eerst vervalt door den verkoop, en dat dan eerst het vonnis bij deze toepassing van het arrest onder derden kan gerekend worden tenuitvoergelegd te zijn. Het arrest onder derden gaat dan inderdaad in eene executie op roerend goed over, de dèrde is er nu buiten.

Vreemd is, in verband met deze bepalingen, het voorschrift dat het vonnis wordt gerekend tenuitvoergelegd te zijn, in geval van gerechtelijke uitwinning van onroerende goederen, op den veertienden dag na den aanslag of de aanplakking der in de artikelen 515 en 517 vermelde biljetten. Hier kan men toch niet zeggen dat rechten door derden verkregen en de executie in hoofdzaak of geheel haar beslag heeft gekregen. Waarom moeten die veertien dagen na de aanplakking zijn verloopen? Hier wordt kennelijk de onderstelling van art. 81 in toepassing gebracht, dat er zooveel openbaarheid aan de executie is gegeven dat deze den veroordeelde niet onbekend gebleven kan of mag zijn. En daaruit verklaart zich ook de termijn van veertien dagen, die nu nog na die bekendheid moet verloopen om de aanspraak op verzet te doen vervallen. De bepaling is in zichzelve juist, maar zij staat in een verkeerd verband en had bij het zuiveringsproces, dat deze bepalingen in 1886 ondergingen, naar art. 81 behooren overgebracht te worden.

Art. 82 oud bevatte nog de bepaling dat het vonnis gerekend wordt tenuitvoergelegd te zijn, wanneer de veroordeelde in hechtenis gesteld of aanbevolen geworden is, met het oog op de tenuitvoerlegging bij lijfsdwang en de daartoe betrekkelijke bepalingen van artt. 605 en 593. Indien het vonnis niet bij voorraad kan worden tenuitvoergelegd, kan de schuldenaar door tegen het vonnis in verzet te komen, de executie schorsen en daarmede zijne in-gevangenis-stelling voorkomen. Doet hij dit niet onmiddellijk, dan behoeft de in-gevangenis-stelling niet met eene tenuitvoerlegging van het vonnis gelijk gesteld te worden, daar deze daarmede niet is afgeloopen. Maar zeker is die in-gevangenis-stelling eene akte hem in persoon beteekend ter uitvoering van het vonnis. Hij heeft dus veer-

tien dagen na die beteekening om, naar aanleiding van art. 81 § 1 (nieuw), in verzet te komen en de toepassing van die bepaling is zeker redelijker dan het onmiddellijk doen vervallen van de bevoegdheid om in verzet te komen. Daarom kon en moest de bepaling van art. 82 (oud) op dit punt vervallen, gelijk bij de wet van 1886 geschiedde.

Met deze bepalingen omtrent de tenuitvoerlegging van de vonnissen, voorzag de wetgever alleen met opzicht tot vonnissen op vermogensrechtelijke vorderingen gewezen en de wetgever van 1838 meende daarmede te kunnen volstaan. Zwarigheid ontstond er nu wel bij vonnissen van echtscheiding, omdat er reden tot twijfel bestond of een zoodanig vonnis, indien het bij verstek was gewezen, wel kon worden ingeschreven en dan zijn beslag niet kon bekomen. Doch men begreep dat de verklaring van den griffier strekkende tot bewijs, dat tegen het vonnis door geen wettig middel kon worden opgekomen, waarvan art. 48 n°. 3 B. W. spreekt, ook in verband met art. 85 B. R., niet anders kon beteekenen dan de verklaring van den griffier dat er geen verzet op zijne registers was aangeteekend (Anders Haarlem 16 Januari 1894 W. 6483, Hof Amsterdam, 22 Maart 1894, W. 6494) en dan was men vrij algemeen van oordeel dat door de inschrijving van het vonnis de tenuitvoerlegging van dit vonnis had plaats gehad en daardoor het verzet was vervallen. De Hooge Raad oordeelde evenwel in tegenovergestelden zin bij arrest van 27 December 1886 W. 5369, bevestigende Hof Amsterdam 25 Juni 1886, waarbij bevestigd rechtbank Amsterdam 6 Mei te voren. Zie echter ook Hooge Raad 26 Januari 1894, W. 6459. De zwarigheid vervalt door de in 1896, in art. 82, in het voorlaatste lid opgenomen bepaling dat de bij verstek uitgesproken vonnissen van echtscheiding of scheiding van tafel en bed gerekend worden ten uitvoer te zijn gelegd na de beteekening en herhaalde openbaarmakingen hierboven in den tekst vermeld, welke in art. 811 voorkomen en waarnaar art. 828 dat hier toepasselijk verklaard wordt, verwijst. De bepaling van art. 82 vereischt vooreerst beteekening van het vonnis. Voorts moeten minstens negentig dagen na de beteekening verloopen zijn door de driemaal herhaalde plaatsing van een uittreksel van het vonnis in een der in art. 811, n°. 3, aangewezen dagbladen. Hieruit volgt, dat dan de eerste plaatsing dertig dagen na de beteekening moet plaats hebben, de tweede dertig dagen tusschen de eerste en tweede plaatsing en de derde dertig dagen

tusschen de tweede en de derde plaatsing moeten verloopen. Want dat aan de bepaling der wet, dat de plaatsing driemaal herhaald moet worden t'elken reis met tusschenpoozen van eene maand, moet worden voldaan, lijdt tengevolge van de verwijzing naar art. 811 geen twijfel. Maar ook is het duidelijk dat de drie maanden hier door eene authentieke, van den wetgever zelven uitgegane verklaring, tot 3 × 30 dagen zijn gemaakt en derhalve de toepassing van de Gregoriaansche tijdrekening vervalt. Eindelijk komen er dan nog 30 dagen na de laatste aankondiging of plaatsing in de dagbladen bij. De wetgever had zich van die becijfering der negentig en dertig dagen wel kunnen onthouden, daar deze wel van zelf begrepen zullen begrepen zijn in de voorschriften van art. 811, n°. 1 en 2, welke voor de openbaarmaking vorderen, dat het uittreksel gedurende een jaar aangeplakt blijft.

Dit schijnt wel niet het gevoelen te zijn van Mrs. HARTOGH en COSMAN, die op art. 82, bl. 25, aanteekenen dat het vonnis ten spoedigte „niet dan een paar dagen na verloop der negentig dagen gerekend kan worden te zijn ten uitvoer gelegd". Dit zou waar zijn als de wet gebleven ware, zooals Mr. HARTOGH het aanvankelijk had voorgesteld, maar nu er verwezen wordt naar de openbaarmaking van art. 828 en dit artikel verwijst naar art. 811, zal toch de openbaarmaking wel bestaan in het aangeplakt zijn gedurende een jaar van art. 811 n°. 1, in verband met den aanhef van het artikel. Anders v. ROSSEM op art. 82, blz. 137, die van meening is, dat de nieuwe regeling van zelve aanduidt dat het onnoodig is dat het volle jaar verstreken zij. „Van zelve", omdat het wellicht zoo behoorde te zijn! Maar, als artikel 811 zegt dat de openbaarmaking geschiedt door „het aangeplakt zijn gedurende een jaar", dan gaat het toch niet aan te zeggen dat de aanplakking alleen vol. doende is. Als dan nu de griffier, om aan art. 48 n°. 3 te voldoen, heeft na te gaan, of de in art. 82 voorgeschreven openbaarmaking heeft plaats gehad, dan zal hij in de eerste plaats geroepen worden om art. 82 in den een of anderen zin te interpreteeren.

Het is overigens wel wat zonderling, dat het vonnis wordt gerekend tenuitvoergelegd te zijn door maatregelen, welke de wet zelve niet als maatregelen van tenuitvoerlegging beschouwt (zie art. 812) en dat het verzet vervalt in verband met maatregelen welke niet ten aanzien van de veroordeelden bij verstek, maar ten behoeve van derden zijn voorgeschreven. Men moet eindelijk niet uit het oog ver-

liezen dat de hier besproken bepaling van art. 82 geldt voor het geval dat het eerste lid van art. 81 niet in toepassing kan komen. Zie art. 81 § 2 in verband met 82.

De nieuwe bepaling van art. 82 heeft alzoo ten gevolge, dat een bij verstek gewezen vonnis van echtscheiding of scheiding van tafel en bed, onafhankelijk van de bepaling van art. 81, kracht van gewijsde kan verkrijgen. Doch het is niet het eenige geval, waarin daaromtrent moeilijkheden ontstaan kunnen. Eene soortgelijke zwarigheid kan zich voordoen, wanneer een vonnis bij verstek tegen een derde moet worden tenuitvoergelegd, zooals het geval is met een vonnis, waarbij de opheffing van de stuiting van een huwelijk bij verstek is uitgesproken en vooral in een geval dat zich niet zoo zelden voordoet, wanneer een vonnis, waarbij tot doorhaling eener hypothecaire inschrijving machtiging wordt gegeven, bij verstek is uitgesproken. Want, volgens art. 125 B. W., zal de ambtenaar van den burgerlijken stand het huwelijk niet mogen voltrekken „dan nadat hem is ter hand gesteld een vonnis in kracht van gewijsde gegaan, waarbij de stuiting is opgeheven". En volgens artt. 1219 en 1240 B. W. zal, om de bij vonnis bevolen doorhaling door den hypotheekbewaarder te doen bewerkstelligen en afschrift van het in kracht van gewijsde gegane vonnis, moeten worden overgelegd. Want, al kan volgens art. 86 geen vonnis bij verstek tegen een derde worden tenuitvoergelegd „dan acht dagen na deszelfs beteekening aan den defaillant in persoon of te zijner woonplaats en met overlegging van de verklaring van den griffier, dat er op zijne registers geen verzet tegen het vonnis is aangeteekend," daarmede is niet gezegd dat het dan voldoet aan alle vereischten om tenuitvoergelegd te worden. Immers eerst door de tenuitvoerlegging kan het bij verstek gewezen vonnis kracht van gewijsde verkrijgen en in de aangewezen gevallen is tot de tenuitvoerlegging noodig dat het vonnis kracht van gewijsde heeft. En dat niet in alle gevallen, waarin een vonnis tegen een derde tenuitvoergelegd wordt, dat vonnis in kracht van gewijsde behoeft te zijn gegaan, leeren de bepalingen over het executoriaal arrest onder derden, in verband met art. 82. Bij de echtscheiding kon, ten minste onder de oude wet, nog krachtens de duiding, welke art. 48 n°. 3 B. W. door art. 86 B. R. moet ondergaan, tot de inschrijving van het vonnis worden overgegaan, maar bij de toepassing van artt. 125 en 1239 dreigt den ambtenaar van den burgerlijken stand, die zonder overlegging van het gewijsde tot

de huwelijksvoltrekking overging, of den hypotheekbewaarder, die zonder dat gewijsde de doorhaling bewerkstelligde, een aanspraak tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Verg. het Verslag der Staatscommissie voor de herziening der wetgeving op de eigendomsoverdracht van onr. goed enz. 's Gravenhage, Belinfante, 1870, bl. 51, art. 46 en de toel. bl. 153 v. Doch Mr. HARTOGH achtte de voorziening in andere gevallen dan in zake van echtscheiding niet gewenscht, omdat het artikel nog pas in 1886 gewijzigd was. De kracht van dit argument is moeilijk te vatten, maar het is overtuigend gebleken.

In art. 82 werd, vóór de herziening van 1886, nog gelezen, dat het vonnis wordt gerekend tenuitvoergelegd te zijn, „wanneer de kosten betaald zijn.” Die woorden vervielen evenwel en terecht, en in art. 81 § 3 werd de algemeene bepaling opgenomen dat „de veroordeelde die in het vonnis heeft berust, daartegen niet meer in verzet kan komen.” Iets wat men zou kunnen zeggen dat van zelf spreekt, maar waarvan de bepaling hier niet mocht ontbreken, nu het bij het hooger beroep in art. 334 en bij cassatie in art. 399 werd bepaald.

Men heeft gevraagd of, terwijl vonnissen nog wel op andere wijzen kunnen worden tenuitvoergelegd als hier vermeld worden, daardoor het verzet niet zou kunnen vervallen? Mr. v. ROSSEM stelt deze vraag naar aanleiding van de Mem. van toelichting, begeleidende het ontwerp van 1886, waarin de vraag ontkennend werd beantwoord. Ik antwoord met hem bevestigend. Men vergete niet dat art. 82 spreekt van gevallen waarin het vonnis gerekend wordt ten uitvoer te zijn gelegd, en dat het aanwijst, dat daartoe althans in de drie eerstgenoemde gevallen niet noodig is, dat de tenuitvoerlegging tot het einde toe is afgeloopen, terwijl in het vierde geval daartoe het verrichten van eenige meer willekeurig gekozen handelingen noodig is. Maar wanneer door eene enkele handeling aan het vonnis uitvoering kan worden gegeven, als bijv. door de inschrijving van het vonnis van echtscheiding, dan zou, dat ben ik met Mr. v. ROSSEM volkomen eens, als men, als vroeger, over de letter van art. 48 n°. 3 B. W. heenstapt, de H. Raad nu niet meer kunnen zeggen, dat die inschrijving niet zou kunnen gelden, omdat zij buiten den veroordeelde omgaat, want er wordt thans niet meer gevorderd „dat er eenige daad is gepleegd waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de uitvoering van het vonnis bij den defaillant bekend is.” De uitvoering

van het vonnis is thans op zichzelf een reden waarom het verzet vervalt, en een eigen daad van den defaillant, waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de aangevangen ten uitvoerlegging hem bekend is, doet voor hem, volgens art. 81, de termijn van veertien dagen loopen, binnen welken hij van zijn recht tot verzet gebruik moet maken. De inschrijving van het vonnis van echtscheiding zal nu nog het verstek moeten doen vervallen als men, als vroeger bij de toepassing van art. 48 n°. 3 B. W., de letter duidt naar art. 86 B. R. Altijd evenwel zal de uitvoering, die men aan het vonnis geeft, moeten zijn afgeloopen. Is die handeling eene uit verschillende andere saamgestelde, dan zal zij in al hare deelen ten einde toe moeten verricht zijn. Dat zij zonder dat GEREKEND mag worden te hebben plaats gehad, is beperkt tot de gevallen in art. 82 genoemd.

Zie over de berusting meer bij het hooger beroep § 160.

Aanteekening van verzet ter griffie. Het is wel geen vereischte tot het verzet, dat er aanteekening van worde gedaan ter griffie, maar daarmede kan toch het verzet het gevolg hebben, dat de tenuitvoerlegging van het vonnis tegen een derde, niettegenstaande een gedaan verzet, worde voorkomen. Art. 86.

Volgens het aangehaalde art. 86 moet bij tenuitvoerlegging van een vonnis bij verstek tegen een derde worden overgelegd eene verklaring van den griffier, dat er op zijne registers geen verzet tegen het vonnis is aangeteekend. Daartoe wordt nog opzettelijk in art. 85 aan de partij, welke verzet heeft gedaan, de bevoegdheid gegeven om daarvan ter griffie op een daartoe bestemd register aanteekening te doen houden. Dat daartoe de namen der partijen, de dagteekening van het vonnis en die van het gedaan verzet moeten worden vermeld, ligt voor de hand. Dat deze bepalingen even goed, ja zelfs nog eerder, tot de tenuitvoerlegging van het vonnis gebracht kunnen worden, toont de wetgever duidelijk genoeg aan door ze met opzicht tot het hooger beroep en cassatie van op tegenspraak gewezen vonnissen in den eersten titel van het IIe Boek, bij de algemeene maatregelen omtrent de tenuitvoerlegging enz. op te nemen. Zie artt. 432 en 433. Van het verzet wordt aanteekening gedaan; op de dagvaarding komt het daarbij niet aan. Over het behoorlijk houden der registers als een plicht van den griffier art. 64 Regl. I. Verg. art. 163 C. de pr.

TITEL II.

RECHTSPLEGING.

§ 155. AANLEG EN INSTRUCTIE VAN HET GEDING.

Het verzet wordt gedaan bij een deurwaardersexploit, met dagvaarding van den oorspronkelijk eischer ter terechtzitting van den rechter die het vonnis wees. Art. 83 § 1. Vorm van het verzet.

Aan het aldus met dagvaarding gedaan verzet kan ook een eenvoudig verzet voorafgaan, bij buitengerechtelijke akte of ook ter gelegenheid van de beteekening van het vonnis of van elke, uit kracht daarvan opgemaakte of ter uitvoering daarvan bestemde akte, behalve de aanplakking der aanslagbiljetten. welke overeenkomstig de artt. 515 en 517 bij gerechtelijke uitwinning van onroerende goederen plaats heeft. Dit eenvoudig verzet moet, om geldig te zijn. binnen drie dagen door een herhaald verzet met dagvaarding gevolgd worden. Art. 84.

Het verzet met dagvaarding moet eene korte uiteenzetting bevatten van de verweermiddelen welke de partij tegen den oorspronkelijken eisch en ook tegen het vonnis wil doen gelden en waarmede de onjuistheid van het gewezen vonnis wordt beweerd. Het wordt beteekend aan den oorspronkelijken eischer of ook aan de door dezen gekozene woonplaats. Art. 83, § 1. Inhoud. Beteekening.

Bij de dagvaarding moeten de gewone termijnen in acht genomen worden, doch de verweerder, oorspronkelijk eischer, heeft als verweerder de bevoegdheid om den termijn, waarop hij gedagvaard is, te verkorten, door bij eene aan den procureur des eischers beteekende akte, tevens inhoudende procureurstelling, dezen tegen een vroegeren dan den in de dagvaarding opgegeven rechtdag op te roepen, onder de nader in art. 136 daaromtrent gemaakte bepalingen. Art. 83 § 2 j° 136. Procureurstelling.

Maakt de partij die het vonnis verkreeg van deze bevoegdheid geen gebruik, dan stelt zij procureur op de terechtzitting, zoowals art. 137 dit voorschrijft.

Gelijk de procureurstelling van den gedaagde in het verzet volgens de bepalingen van artt. 136 en 137 plaats heeft, zoo zal ook de

andere het geding voorbereidende handeling, de inschrijving ter rolle, overeenkomstig art. 135 moeten geschieden.

De wijze waarop in het geval van verzet geprocedeerd wordt, wordt in de afdeeling van tit. I niet geregeld. Kennelijk gaat de wetgever van de onderstelling uit, dat daarbij de bepalingen omtrent de procedure in eersten aanleg in hooger beroep en in cassatie, in het algemeen voorgeschreven gelden en worden door hem alleen voor den aanleg van het geding bijzondere bepalingen gemaakt, uitgezonderd in art. 83 § 2 dat hier, in 1896, op eene verkeerde plaats werd gezet en even goed als de andere bepalingen van instructie der zaak had kunnen weggelaten worden. Eene verwijzing naar art. 136 was evenmin als naar andere bepalingen noodig.

Het verzet geschiedt bij een deurwaardersexploit. De C. de pr. schreef den vorm van een verzoekschrift voor, een vorm die zich laat verklaren, waar van den rechter gevraagd wordt om zijn eigen vonnis te herzien. Het was evenwel ook alleen een vorm, want het verzoekschrift werd niet aan den rechter ingediend, maar, terwijl het eene procureurstelling moest bevatten, bij akte van procureur tot procureur beteekend, zoodat het eerst met de andere stukken van het proces tot den rechter kwam; doch de procureur van de in verzet komende partij was ook verplicht het gedaan verzet ter griffie te doen aanteekenen Artt. 162, 163 C. d. pr. Bij de rechtbanken van koophandel en bij de vredegerechten werd echter die meer beleefde vorm niet in acht genomen en terwijl onze wetgever algemeene bepalingen voor alle gerechten maakte, kon hij vanzelf de procureursakte niet gebruiken en volgde hij de bepalingen, welke de Code bij de vredegerechten en de rechtbanken van koophandel voorschreef.

Dat aan den bij verstek veroordeelde ook de gelegenheid wordt gegeven om van zijn wil om in verzet te komen te doen blijken bij eene buitengerechtelijke akte en bij de akten van beteekening, enz. is juist; de tenuitvoerlegging wordt daardoor geschorst, als het vonnis niet bij voorraad uitvoerbaar is verklaard, want dit gevolg is aan het verzet verbonden, maar omdat dit verzet, dat niet gepaard gaat met een dagvaarding, niet aantoont dat de veroordeelde werkelijk tot de vernietiging van het vonnis procedeert, dus inderdaad niet meer is dan eene verklaring van zijn wil om zich tegen het vonnis te verzetten, moet het zoo spoedig mogelijk, de wet wil binnen drie dagen, met dagvaarding herhaald worden. Dat dit behoort

te geschieden op straffe van verval, niet van het middel zelf maar van dat voorloopig verzet, is duidelijk, omdat dit laatste alleen als verzet geldt onder de voorwaarde van herhaling. Wordt aan deze voorwaarde niet voldaan, dan zal de executant, na verloop van de drie dagen, met de tenuitvoerlegging kunnen voortgaan en zal het middel van verzet zelf vervallen, indien het niet gedaan wordt binnen veertien dagen nadat het verzet bij de akte van beteekening, enz. was gedaan omdat daaruit blijkt, dat het vonnis of de aangevangen tenuitvoerlegging aan den defaillant bekend was. Verg. CHAUVEAU op CARRÉ Q 682 (ed. Brux. II p. 112).

Onder eene buitengerechtelijke akte is te verstaan een exploit dat, zooals art. 1, Regl. IV dat uitdrukt niet „met een aanhangig rechtsgeding in verband staat" evenmin als met een executie. Men kan dergelijke buitengerechtelijke akte verkiezen boven den minderen omslag der verder genoemde middelen om niet van den deurwaarder der tegenpartij afhankelijk te zijn. Verg. art. 84 § 2.

De wetgever spreekt in art. 84 niet nauwkeurig, als hij door te spreken van „elke andere akte dienende om het vonnis ten uitvoer te leggen," de akte van beteekening en dan natuurlijk ook het bevel tot de akten brengt, welke dienen om het vonnis tenuitvoer te leggen, terwijl uit de bepalingen omtrent de tenuitvoerlegging der vonnissen duidelijk blijkt, dat de beteekening en het bevel tot de aan de tenuitvoerlegging voorafgaande akten behooren, waarop de wetgever in 1886 wel gelet heeft, toen hij in art. 81 zooveel juistere uitdrukkingen opnam. Dit gaf mij, naar 't mij voorkwam, afdoenden grond om, in verband met de bepalingen omtrent de tenuitvoerlegging zelve, hier te doen wat de wetgever had behooren te doen en de woorden van art. 81 (nieuw) ook in de omschrijving van art. 84 over te nemen.

Het exploit van verzet eene dagvaarding moetende bevatten, is aan de algemeene bepalingen omtrent de dagvaarding onderworpen en zoo moet het, overeenkomstig art. 5 n°. 1, den eischer met diens gekozene woonplaats en den gedaagde, overeenkomstig n°. 2 van dat artikel, aanwijzen. Eischer is hier formeel, en daarom is n°. 1 op hem toepasselijk, de partij die in verzet komt, die in de praktijk gemeenlijk opposant heet, eene benaming, die ofschoon vreemd van oorsprong, gemakkelijk in 't gebruik is. De wetgever gebruikt die ook in art. 87, doch niet doorgaande; zoo noemt hij de bij verstek in het ongelijk gestelde of veroordeelde partij ook wel

defaillant. Artt. 86, 88. Hij heet eischer omdat hij opposant is geworden. Op den oorspronkelijk eischer die nu gedagvaard wordt en daarom formeel gedaagde is en ook wel geopposeerde genoemd wordt, is n°. 2 toe te passen. Ik zeg formeel. Want materieel blijft de oorspronkelijk eischer in de rol van eischer, de oorspronkelijk gedaagde, ook in de procedure van verzet, gedaagde. Uit dit materieele oogpunt is bijv. de bewijslast te beoordeelen en, voor zoover deze op den eischer drukt, blijft hij op den oorspronkelijk eischer rusten, maar formeel zal de opposant, als eischer, het eerst conclusie hebben te nemen en de oorspronkelijk eischer als formeel gedaagde daarop hebben te antwoorden. Ik meen hierbij te mogen verwijzen naar eene aanteekening door mij geplaatst bij een vonnis, opgenomen in Regtsgeleerd bijblad XVI (1866) bl. 70.

Overeenkomstig de bepaling van artt. 133, 343, 353 zal de dagvaarding eene procureurstelling moeten bevatten als het verzet tegen een door een college in eersten aanleg of hooger beroep gewezen verstekvonnis wordt ingesteld en wordt het tegen een arrest in cassatie gewezen ingesteld, dan moet de dagvaarding een advokaat aaanwijzen; arg. art. 406 en de naar art. 425 toepasselijke bepalingen omtrent verzet.

Ofschoon het verzet gemotiveerd moet worden, behoeven evenwel de middelen alleen in het exploit van verzet te worden opgenomen en niet te worden opgegeven wanneer het verzet op de bij art. 84 vermelde wijze plaats vindt. De letter van art. 83 zou hier voor mij niet voldoende zijn om tot dit besluit te komen. Maar als men bedenkt dat het verzet van art. 84 § 1 slechts een voorloopige maatregel is, dat de deurwaarder, volgens art. 84 § 2, alleen melding behoeft te maken van het verzet op zijn procesverbaal, dat het niet eigenaardig zou zijn dat dat melding maken zou bestaan in het opnemen van eene verklaring met motieven en toch het verzet uitsluitend bij het procesverbaal wordt geconstateerd, dat het voor den oorspronkelijk eischer ook voldoende is, de gronden van het verzet te vernemen als het werkelijk tot een verzet komt en derhalve uit het exploit van verzet, en dat, bij de herhaling van het verzet naar de bepaling van art. 83, het opgeven van middelen moet plaats hebben, dan is er grond genoeg om zich aan de letterlijke beteekenis van art. 83 te houden. Het is dan ook niet uitsluitend de letter die beslist.

De middelen van verzet zullen wel in de eerste en voornaamste plaats bestaan in de middelen, waarmede de partij die zich verzet,

den eisch zou hebben kunnen bestrijden, indien zij verschenen ware, maar zeker ook de middelen die tegen den vorm van het vonnis kunnen worden aangevoerd, wanneer dit eens niet in het openbaar mocht zijn uitgesproken of niet gemotiveerd mocht zijn. Maar ook tegen den inhoud van het vonnis kan een middel daaraan ontleend worden, dat ten onrechte een middel ambtshalve werd toegepast.

In het algemeen komt het mij voor dat de middelen moeten worden aangevoerd in de orde waarin zij bij verschijning op de oorspronkelijke dagvaarding voorgedragen hadden kunnen of moeten worden. En zoo zal ook hier de regel gelden dat allen vereenigd moeten worden met de gevolgen door de wet aan het verzuim van dat voorschrift verbonden. Daarmede is evenwel niet alles gezegd. Zal de opposant van den oorspronkelijk eischer, vreemdeling zijnde, zekerheidstelling kunnen vorderen en daarbij zich voorshands mogen bepalen, omdat hij naar art. 152 die zekerheid kan vorderen alvorens eenige weren van rechte of tegenzeggen te doen? Wij hebben hier niet met een middel van verdediging te doen en 't zou zeker een zonderlinge grond van verzet zijn, zoo'n vordering tot zekerheidstelling. Dewijl nu de zekerheidstelling niet vooraf behoeft gevraagd te worden, maar de middelen van verdediging vooraf kunnen worden aangevoerd, zoo komt het mij voor, dat deze bij het exploit van verzet ook in dit geval aangevoerd moeten worden. Daar de wetgever evenwel gemeend heeft te moeten bepalen dat in hooger beroep en in cassatie de zekerheidstelling vóór alle weren van rechte moet gevraagd worden, zal men er wel toe moeten komen om het „voor alle weren" weer te verstaan als vooraan in het exploit. Het is dan het eenige middel om het recht op zekerheidstelling te behouden en aan art. 83 te voldoen. Zal de opposant zich vóór alle weren op litispendentie of connexiteit kunnen beroepen en zijne andere middelen van verzet achterwege kunnen laten? Als men maar niet vasthoudt aan het door den heer HARTOGH „pour le besoin de la cause" uitgevonden argument, dat wij hier niet met verweermiddelen te doen hebben, dan zal men ze vooraf en alleen als middelen van verzet kunnen gebruiken. Zijn het eenvoudig voorloopige verzoeken en derhalve geene middelen van verdediging, dan zal men de eigenlijke middelen van verzet daarmede onmiddellijk moeten vereenigen, mits zorgende dat die exceptiën voorop komen te staan.

Hoe is 't gesteld met de exceptie van beraad? Indien een vonnis

ten laste van een overledene bij verstek is uitgesproken, zijn de erfgenamen bevoegd zich tegen de executie te verzetten, op grond van hun beraad en dan blijft, gedurende dien tijd van het beraad, de executie opgeschort. Art. 1072 B. W. Daarmede zijn zij evenwel niet geholpen. Want, terwijl uit dit verzet tegen de executie blijkt, dat de aangevangen tenuitvoerlegging hun bekend was, zullen zij van het recht van verzet verstoken worden, indien dit niet door hen werd gedaan binnen veertien dagen na dat verzet tegen de executie. Als dan daardoor het verzet tegen het vonnis vervalt, dan kan de executie worden voortgezet en toch zijn de erfgenamen nog in beraad. Kunnen zij dan tegen het vonnis in verzet komen, zonder de hoedanigheid van erfgenaam aan te nemen en de voordeelen van het beraad enz. te verliezen? Art. 1094 B. W. Zal dit verzet tegen het vonnis bij verstek, onder het noodig voorbehoud verricht, niet eene handeling zijn alleen tot bewaring (art. 1095 B. W.) aangezien, werd zij niet verricht, het vonnis tegen den overledene gewezen en dientengevolge op de nalatenschap drukkende onherstelbaar nadeel voor de nalatenschap ten gevolge zou kunnen hebben?

De hier door mij verdedigde meening omtrent het voordragen der middelen van verdediging sluit zich geheel aan het vroeger in Rechtsg. Bijbl. 1865 bl. 236 in de noot door mij verdedigde gevoelen. Het voorschrift van art. 83 § 1 moge zich aansluiten aan de bepaling van art. 5 n°. 3, men moet niet uit het oog verliezen dat de eischer-opposant slechts formeel eischer is en dat hij door het verzet weder in materieelen zin als gedaagde optreedt en dat hij dientengevolge van die middelen kan gebruik maken, welke de wet aan den gedaagde ter bestrijding van den eisch toekent, terwijl, indien de al of niet toewijzing daarvan afhankelijk is van middelen, welke vooralsnog het onderzoek van den eisch uitsluiten, dit hier even goed toegelaten moet zijn als wanneer onmiddellijk op tegenspraak geprocedeerd wordt. Moet niet de rechter in staat gesteld worden om, beide partijen gehoord, vonnis te geven, en moet hij dus ook hier niet de verdediging vernemen, zooals hij die bij dadelijke tegenspraak vernomen zou hebben? Ik heb hier bepaaldelijk het oog op de bestrijding van dit gevoelen door Mr. v. ROSSEM op art. 83 bl. 138 en wanneer ik dan toegeef dat het doel van het voorschrift van art. 83 § 1 is om den geopposeerde in de gelegenheid te stellen zich voor te bereiden op de verdediging van het vonnis tegen de bezwaren door den opposant aangevoerd, is het dien geopposeerde dan niet genoeg als bezwaar

daartegen te vernemen, dat de eisch in het geheel niet wat zijn grondslag betreft, had behooren te worden onderzocht? Ook wil het mij voorkomen dat er niet veel kracht ligt in het argument dat het artikel voor het voordragen der middelen slechts één stuk nl. het exploit van verzet aanwijst. Want de wet onderstelt immers dat de procedure verder volgens de algemeene regelen gevoerd wordt en wanneer deze nu nog andere stukken kent, waarbij de gedaagde gronden van verdediging kan aanvoeren, dan wordt daardoor vanzelf beperking gebracht in de middelen die in het exploit behooren te worden opgenomen. Dat de eischer in een gewoon geding aan de middelen die hij volgens art. 5 n°. 3 in de dagvaarding heeft opgenomen, gebonden is, omdat hij geen eisch moet instellen wanneer hij niet gereed is, brengt niet mede dat dit in denzelfden zin op een opposant moet worden toegepast die in zijn verzet aan spoed gebonden is. De fransche wetgever schreef ook voor dat „la requête" moest inhouden „les moyens d'opposition" en bepaalde verder dat „dans aucun cas les moyens d'opposition fournis postérieurement à la requête n'entreront en taxe." Zou de weglating van deze bepaling ten gevolge moeten hebben dat bij ons het later bijbrengen van nieuwe middelen geheel uitgesloten was? Mij dunkt, ik herhaal, niets rationeeler dan, bij ontstentenis van bijzondere bepalingen, den algemeenen regel omtrent het voordragen der verdedigingsmiddelen hier toe te passen. Deze uitlegging der wet is, naar 't mij voorkomt, even rationeel als de gedachte welke daarmede bij den wetgever wordt ondersteld. Verg. Ontwerp 1865 B. III, tit. I, toelichting op art. 5. De Rechtbank te Rotterdam besliste bij vonnis van 4 Maart 1895 W. 6686 dat niet alle middelen in het exploit van verzet behoeven te worden opgenomen. Zie ook 6 Januari 1896 W. 6805. Anders Rechtb. 's-Gravenhage 24 Oct. 1893 W. 6454.

Omtrent de beteekening van het exploit gelden de algemeene bepalingen van art. 1 en 2. Het komt mij voor dat, naar de bedoeling van art. 83 § 1 de beteekening dit bijzonder heeft dat zij aan de gekozene woonplaats van den oorspronkelijken eischer kan plaats hebben. Het is de woonplaats, welke de eischer bij dagvaarding, overeenkomstig art. 5, n°. 1 heeft moeten kiezen, en waarvan het twijfelachtig kon zijn, of zij ook voor het geding over het verzet kon gelden. Dit wordt hier in bevestigenden zin uitgemaakt. Maar ik geloof niet dat de wetgever hier overigens iets bijzonders heeft

willen bepalen en dat, in tegenstelling van de gekozene woonplaats, de beteekening aan den persoon des eischers doelt op den eischer in persoon of aan zijne woonplaats, zoodat ook de werkelijke woonplaats, in tegenstelling van de gekozene, niet is uitgesloten.

Moest naar het oorspronkelijk art. 83 de dagvaarding, met in achtneming van de termijnen ten aanzien van de dagvaarding voorgeschreven, tegen de eerstkomende terechtzitting plaats hebben, men meende dat de hierin ten behoeve van den oorspronkelijk eischer gelegene beperking, terwijl de bepaling op zichzelve tot moeilijkheden aanleiding kon geven, overbodig werd, nu aan den gedaagde het recht van anticipatie werd toegekend, gelijk in het tweede lid geschied is. De bepalingen omtrent het verzet zijn algemeene bepalingen voor alle gerechten, ook voor de Kantongerechten geschreven. Is alzoo dat recht van anticipatie ook toepasselijk bij de Kantongerechten? Het moest zeker zoo zijn, maar, als de bepaling van art. 136, waarnaar in art. 83 § 2 verwezen wordt, niet aangehaald was maar uitgeschreven zooals bij de schriftelijke gedachtenwisseling in de Tweede Kamer verlangd werd, dan ware het waarschijnlijk in het oog gevallen, dat men inderdaad niet deed wat men wilde en had moeten doen. De wijze, waarop ik art. 83 § 2 met eenvoudige inlassching van art. 136 in den tekst beschreef, sluit zijne toepasselijkheid op de Kantongerechten uit. Dit punt heeft reeds tot een levendigen strijd aanleiding gegeven die in het W. v. h. R. 6921, 6923, 6926, 6927, 6933, tusschen Mr. POLENAAR en Mr. v. ROSSEM gevoerd is. In mijne *Adviezen over burgerlijke rechtsvordering* enz. bl. 58 gaf ik ook mijne meening over die vraag te kennen. De gronden, welke ik voor de uitsluiting van de anticipatie bij de Kantongerechten aldaar aanvoerde, komen mij nog altijd juist voor; ook na hetgeen door Mrs. HARTOGH en COSMAN, op art. 137, bl. 47, en op art. 83, bl. 27, daarover wordt gezegd. Ik merk alleen nog op dat, waar de HH. HARTOGH en COSMAN op de bedoeling der wet wijzen, zij vergeten mede te deelen dat in het Antwoord op het V. V. van de Eerste Kamer met zoovele woorden gezegd wordt: „Opgemerkt mag echter ook worden, dat bij de Kantongerechten de behoefte aan anticipatie zich niet heeft doen gevoelen, daar de gevallen waarin zij praktisch belang heeft, dáár niet voorkomen." Handelingen 1895/1896 I, bl. 30 sub D. De noodkreet door den Heer POLENAAR t. a. p. aangeheven, bewijst wel dat de onderteekenaars van

het Antwoord zich hierin vergisten. Maar kan men duidelijker aantoonen, dat een wetsontwerp in een geval niet voorziet, wanneer de ontwerper het verdedigt met te zeggen, dat hij door er in te voorzien iets onnoodigs in de wet zou hebben opgenomen? Wanneer de heeren HARTOGH en COSMAN zich dan in hunne aanteekening op art. 83 beroepen op hetgeen ik schreef (Adviezen bl. 59) dan zien zij over het hoofd, dat ik daar niet alleen zeide dat art. 83 „eene algemeene, op alle gerechten toepasselijke bepaling bevat" maar dat ik daarbijvoegde dat art. 83, ofschoon het eene algemeene, op alle gerechten toepasselijke bepaling bevat, „in het nieuwe lid, waar het van de anticipatie spreekt, art. 136 wil hebben toegepast, een artikel, dat bij de Kantongerechten voor toepassing niet vatbaar is". Het beroep op mijne woorden is dus wel wat „kunstmatig", daar ik juist het tegenovergestelde zeg van hetgeen de schrijvers er van mededeelen. Wanneer ik het argument der schrijvers door Mr. v. ROSSEM eenvoudig zie overnemen, in het W. v. h. R. t. a. p., dan meen ik te mogen herinneren aan hetgeen ik over het werk van de HH. HARTOGH en COSMAN in het voorbericht tot dit deel opmerkte. Tegen de algemeenheid van art. 136 § 2 pleit ook nog het behoud van art. 407 en de toepasselijk-verklaring in hooger beroep bij art. 353. Uit het vorenstaande blijkt, dunkt mij, duidelijk dat de uitlegging van Mrs. HARTOGH en COSMAN in strijd is met de bedoeling des Ontwerpers, uitgedrukt in het Antwoord aan de Eerste Kamer. Mocht niettemin zijne bedoeling eene andere geweest zijn, dan is deze in ieder geval in de wet niet voldoende geopenbaard, om aan de duidelijke bepaling der wet eene andere duiding te geven. Mr. A. A. DE PINTO deelt de door mij verdedigde meening. W. v. h. R. 6941 (Berichten). Men stelle zich eens voor, dat een opposant op een langeren termijn heeft gedagvaard, dat de geopposeerde dien termijn verkort en dat de opposant op de daartoe aan hem beteekende oproeping niet verschijnt. Wanneer de vraag, of anticipatie bij de Kantongerechten naar de wet is toegelaten, zich onder deze omstandigheid voordoet, dan geloof ik niet dat één Kantonrechter verstek tegen den opposant verleenen, ten profijte daarvan zijn eerste vonnis bevestigen en daarmede het recht van verzet voor den opposant zal doen verloren gaan.

Dat op de dagvaarding bij de rechterlijke colleges procureur gesteld moet worden op de bij art. 137 en 136 bepaalde wijze is duidelijk. Ook in dit opzicht hebben we hier met een nieuw geding (formeel) over dezelfde zaak (materieel) te doen, zoodat de procureur,

dien de oorspronkelijk eischer bij dagvaarding stelde, niet van zelf diens procureur is in het verzet. Het tegendeel nam de C. d. pr. aan. Art. 162 § 2.

Niet verschijning van partijen.

Dit alles in de veronderstelling dat beide partijen verschijnen. Is dit niet het geval, dan zal de rechter, bij niet-verschijning van den gedaagde in verzet, tegen dezen verstek verleenen en op den eisch van den opposant het vroeger gewezen vonnis verbeteren of, zoo hij daartoe geen gronden vindt, het verzet ongegrond verklaren en het vonnis bevestigen. Verschijnt de opposant niet dan wordt tegen hem weder verstek verleend en de rechter zal, indien hij niet bevindt dat hij verkeerd vonniste, zijn eerste vonnis bevestigen. Daarmede is dan verder verzet uitgesloten. Art. 87.

Het is zeker niet licht te onderstellen dat de oorspronkelijk eischer niet verschijnen zal op het verzet. Toch kan het voorkomen en zelfs kan de eischer het in zijn belang achten om geen kosten te maken, wanneer hij voorziet dat de opposant moet triomfeeren, bijv. op grond van eene niet tegen te spreken nietigheid in het exploit, welke de rechter bij 't verleenen van verstek over het hoofd zag. De wetgever onderstelt zelf de mogelijkheid van dit laatste in art. 89. Toch geeft de wet over dit geval geene bijzondere bepaling. Maar het staat vast dat op den oorspronkelijk eischer nu niet, om deze qualiteit, art. 75 kan worden toegepast, vermits hij op den rechtdag toen hij als eischer optrad, wel degelijk verschenen is en nu als *gedaagde* had moeten verschijnen. Die formeele hoedanigheid van gedaagde beheerscht hier den toestand, omdat de regeling zelve is van zuiver formeel processueelen aard. De rechter zal derhalve verstek tegen den niet-verschenen eischer verleenen en bijv. in het straks onderstelde geval, de oorspronkelijke dagvaarding en het daarop gewezen vonnis vernietigen. Zou de oorspronkelijk eischer dan tegen zoodanig vonnis in verzet kunnen komen? Men onderstelle daarbij liever dat de opposant den rechter overtuigde dat de eisch, die hem aanvankelijk noch onrechtmatig, noch ongegrond voorkwam, een of ander inderdaad was. Ik zou meenen dat de wetgever den nu in het ongelijk gestelden eischer niet anders dan hooger beroep of cassatie mocht toestaan, omdat hier de beide partijen door den eersten rechter, zij het dan ook niet tegenover elkander, zijn gehoord. Maar wat wil de wet? Zij kent in art. 81 het verzet toe aan den gedaagde

die bij verstek veroordeeld is, en dat is de oorspronkelijk eischer nu hem ten slotte zijn eisch ontzegd wordt wel niet, maar wij hebben reeds gezien dat daar in art. 81 van den in het ongelijk gestelden gedaagde had moeten gesproken worden en dat het artikel ook in dien zin moet worden verstaan. Dit neemt niet weg dat het verzet aan een bij verstek veroordeelden gedaagde toegekend wordt, omdat hij ongehoord gevonnist werd. Dit is met den oorspronkelijk eischer niet het geval en al is hij nu op het verzet niet gehoord, indien hij in het eerste geding, na op de eerste terechtzitting verschenen te zijn, verder wegbleef, tegen hem zou als op tegenspraak zijn recht gedaan. Zie CARRÉ Q 625 2°, bestreden door CHAUVEAU en BONCENNE. Bij ons in mijnen zin DE PINTO II, § 77, bl. 184. Daartegen Opmerk. en Meded. VIII, 162—70. Tegen mijn gevoelen ook v. ROSSEM, bl. 143. Het ontwerp 1865 beslist ten nadeele des eischers. Art. 9, tit. I, B. III, j° 26 tit. I, B. II. Eene beslissing van den wetgever ware hier wenschelijk.

Anders is het met den oorspronkelijk gedaagde, nu eischer-opposant. Wanneer hij niet verschijnt, wordt hij nu niet als eischer, wat hij formeel is, behandeld. Dan zou de gedaagde van den aanleg moeten worden ontslagen en dan zou hij als eischer-opposant, naar art. 75, den aanleg opnieuw kunnen beginnen, d. i. opnieuw in verzet kunnen komen. Maar behalve dat daarvoor de termijnen wel zouden verstreken zijn, wordt, overeenkomstig den regel van het vroegere fransche proces: „opposition sur opposition ne vaut", in art. 87, op 't voorbeeld van art. 22 en 165 C. d. pr., bepaald dat hij, die zich voor de tweede maal bij verstek laat vonnissen, niet meer ontvangen zal worden tot het doen van een nieuw verzet. De wetgever onderstelt derhalve dat op dit verstek, tegen den eischer-opposant verleend, een vonnis volgt en dat de rechter dat vonnis zal uitspreken, „indien het verzet hem noch onrechtmatig noch ongegrond voorkomt," wat hij, na eens in de zaak vonnis te hebben gewezen, wel niet licht zal aannemen, nu de opposant door weg te blijven toont, zijn verzet niet vol te houden. Het is alzoo te verwachten, dat hij het eerste vonnis zal bevestigen. Verg. v. ROSSEM op art. 87 bl. 142 tegen DE PINTO. Doch hij behoeft het niet te doen en als hij de motieven van het exploit van verzet gegrond mocht bevinden, zal hij ook in dit geval zijn eigen vonnis niet alleen kunnen maar ook moeten verbeteren. Dan zal natuurlijk de niet verschenen en toch triomfeerende opposant om geen verzet noch hooger beroep

verlegen zijn. Maar als hij opnieuw in 't ongelijk werd gesteld, of gevonnist, zooals de wet het hier uitdrukt, zou hij dan in hooger beroep kunnen komen? Neen. „Van veroordeelingen bij verstek," zegt art. 335, „valt geen hooger beroep." Niet alleen dus omdat de veroordeelde met het verzet eerst het oordeel moet inroepen van den rechter voor wien hij gedaagd was en dien hij in de gelegenheid moet stellen om vonnis te spreken, na beide partijen gehoord te hebben, is h. beroep uitgesloten, maar ook waar het recht van verzet verviel of, als in dit geval, wordt ontnomen.

Gevolgen: Schorsing van t. u. legging.

Het verzet binnen de daarvoor gestelde termijnen en met inachtneming der voorgeschreven vormen gedaan zijnde, schorst de tenuitvoerlegging van het vonnis. Art. 82 § 3.

Wanneer de wet dit gevolg aan het verzet toekent en zegt dat dit op tweeërlei wijze kan gedaan worden, hetzij met dagvaarding, hetzij zonder deze, onder verplichting van den opposant om die dagvaarding binnen drie dagen te doen volgen, dan wordt de schorsing als gevolg van beiderlei verzet aangewezen, zoodat de deurwaarder, wanneer hij, bij de beteekening van de in art. 83 bedoelde akten, de verklaring ontvangt dat de veroordeelde zich verzet, van verdere executie voorshands moet afzien. Hij kan dan evenwel voortgaan, wanneer binnen drie dagen eene dagvaarding niet volgt. Anders moet voor het al of niet voortzetten der executie het vonnis op het verzet worden afgewacht.

Ik heb van schorsing gesproken, terwijl de wet van stuiting spreekt. Ware hier werkelijk stuiting aan te nemen, de executie zou vervallen en later niet dan op nieuw kunnen aanvangen. Ware dit zoo, dan zou ook, wanneer het verzet niet binnen drie dagen door een dagvaarding gevolgd werd, stuiting plaats hebben en de executant van voren af aan moeten beginnen. Doch niet altijd wordt het onderscheid tusschen schorsen en stuiten, noch in 't gewone spraakgebruik noch in de wet, streng in acht genomen. En wanneer men dan bedenkt dat de wetgever, wanneer hij van de voorloopige tenuitvoerlegging der vonnissen niettegenstaande verzet of hooger beroep spreekt, daarmede bedoelt de schorsende kracht van het hooger beroep uit te sluiten, zooals art. 350 bepaalt; dat de wetgever in art. 398 bepaalt, dat het beroep in cassatie een schorsende kracht heeft buiten de gevallen, waarin de rechter de voorloopige tenuitvoerlegging

heeft bevolen en dat hij die voorloopige tenuitvoerlegging kan bevelen, dus de schorsende kracht wegnemen, niettegenstaande verzet of hooger beroep, dan mag men veilig aannemen, dat hij ook bij het verzet een schorsende en niet eene stuitende kracht onderstelt. Voeg daarbij dat art. 159 C. de pr. sprak van „suspend l'exécution" en dat in art. 61 W. 1830, de holl. tekst had: stuit, de fransche: suspend.

Wanneer de opposant in het geheel geen middelen in het exploit heeft opgenomen, moet nietigverklaring daarvan volgen, doch wanneer hij niet alle middelen van verzet in zijn exploit heeft opgenomen, kan daarop toch nimmer, al neemt men de verplichting daartoe aan, het exploit nietig verklaard worden; maar zal hij op zijne aangebrachte middelen in het ongelijk gesteld zijnde, in hooger beroep verstoken zijn van het aanvoeren van die middelen of zal hij, met toepassing van art. 348 en in zoover dit artikel het toelaat, ze kunnen aanvoeren? Ik laat deze vraag ter beantwoording aan hen, die van de orde in de verdediging, zooals de wet die in 't proces op tegenspraak regelde, hier niet willen weten.

Vonnis blijft; voortbestaan twijfelachtig.

Het verzet heeft bovendien tengevolge dat het gewezen vonnis wel kracht behoudt, maar dat toch de beslissing op losse schroeven wordt gesteld en het geding, dat aanvankelijk door het bij verstek gewezen vonnis gesloten was, op nieuw behandeld wordt en naar aanleiding daarvan door den rechter een tweede vonnis zal moeten worden gewezen.

Het vonnis behoudt kracht, want de tenuitvoerlegging wordt slechts geschorst; wat dus krachtens het vonnis geschied is, blijft stand houden totdat het vonnis door den rechter vernietigd zal zijn en wanneer de tenuitvoerlegging bij voorraad, niettegenstaande verzet, is bevolen, geschiedt deze niet anders dan krachtens het bij verstek gewezen vonnis. De eischer en de gedaagde, ofschoon formeel van rollen verwisselende, blijven materieel de een op het standpunt van den aanvaller, de ander op dat van aangevallene staan, al wordt de verdediging van een passieve, wat zij tot dusver geweest is, nu eene actieve (zie hierboven bl. 25). Heeft de eischer wijziging of vermindering in zijn eisch gebracht en is alzoo daarop het vonnis bij verstek gewezen, hij zal daarop niet terug kunnen komen. Immers hij heeft daardoor te kennen gegeven dat hij op hetgeen hij vorderde slechts ten deele recht had of slechts zóó als hij het in de laatste

plaats vorderde. De gedaagde, nu opposant, kan alleen tegen het vonnis opkomen, dat op den verminderden of gewijzigden eisch werd gewezen; ander vonnis en andere eisch zijn er niet.

Zal de eischer zijnerzijds de voorloopige tenuitvoerlegging van het vonnis, en niettegenstaande hooger beroep, kunnen vorderen, indien deze niet bij het bij verstek gewezen vonnis was bevolen? Neen; want, had hij deze aanvankelijk niet gevorderd, dan ging hij nu zijnen oorspronkelijken eisch vermeerderen, wat art. 134 verbiedt. Had hij ze gevorderd, maar werd zij door den rechter afgewezen, hij kan daarop niet terugkomen, omdat het verzet niet aan den eischer is gegeven als een middel om tegen het vonnis op te komen en de strijd bepaald wordt door de middelen van verwering van den opposant en deze slechts middellijk tegen den eisch, onmiddellijk tegen het vonnis gericht zijn. Zoo zal ook, wanneer de eischer, bij het bij verstek gewezen vonnis, gedeeltelijk in het ongelijk gesteld werd, het tegen het vonnis ingestelde verzet hem niet de gelegenheid geven om ook in dit gedeelte van het vonnis, dat immers door den opposant niet aangevallen wordt, verandering te verkrijgen. De wet kent geen incidenteel verzet, maar heeft voor den gedeeltelijk in het ongelijk gestelden eischer, evenals wanneer hier de eisch geheel ontzegd werd, slechts het middel van hooger beroep of cassatie en waar deze middelen niet voor hem openstaan, niet anders dan den plicht om in het vonnis te berusten.

Zal de gedaagde, nu opposant, van het middel van verzet gebruik kunnen maken om de voorloopige tenuitvoerlegging te bestrijden? Dit lijdt m. i. geen twijfel. Al schorst zijn verzet die voorloopige tenuitvoerlegging niet, zijn verzet geldt het vonnis en die bijkomende veroordeeling werd ook bij verstek tegen hem uitgesproken. Gelijk in geval van hooger beroep de hoogere rechter van dit twistpunt wordt gesaisisseerd, zoo is 't hier de rechter die het vonnis wees, van wien van 't geheele vonnis, en dus ook van dit deel, verbetering kan worden gevraagd en, zoo niet bij dagvaarding op korten termijn, dan bij eene incidenteele conclusie ter terechtzitting.

Meer gedaagden allen bij verstek veroordeeld.

Wanneer meer gedaagden allen bij verstek zijn veroordeeld en alzoo overeenkomstig art. 78 allen in een en hetzelfde vonnis bij verstek begrepen zijn geworden, zullen zij ieder op zichzelf in verzet kunnen komen. Zij zullen dit gezamenlijk moeten doen of met dagvaarding van de anderen, of ook alleen kunnen optreden naar de onderscheidingen

welke ook bij het instellen van hooger beroep van een tegen meer gedaagden gewezen vonnis moeten gemaakt worden.

Zie hierover § 165 waar ik de cumulatie in hooger beroep bespreek. Verg. vonnis Amsterdam 23 Maart 1894, W. 6518.

Wanneer nu beide partijen verschenen zijn, dan vervolgt het rechtsgeding zijn loop naar de bepalingen voor de wijze van procedeeren bij de kantongerechten in tit. II, bij de rechterlijke colleges in eersten aanleg in tit. III, en, komt het verzet in hooger beroep of cassatie voor, naar de in tit. VIII en tit. IX, voor op tegenspraak gevoerde gedingen opgenomen. Verdere loop v. h. geding.

Terwijl voor de verdere procedure in de zesde afdeeling van tit. I geene bepalingen voorkomen, acht ik het beter er hier niet over te spreken, daar toch ook de bepalingen van het proces in eersten aanleg, met het oog op de daarin gebrachte veranderingen bij de behandeling van het hooger beroep, besproken moeten worden. Anders kon ik eenvoudig naar het IIe deel verwijzen.

Zoo vermeld ik hier ook alleen de inschrijving ter rolle en de procureurstelling om, voorzoover noodig, wat de daaromtrent veranderde wetgeving betreft, er bij het hooger beroep op terug te komen.

Alleen nog een enkele opmerking over sommige incidenten, bepaaldelijk die betreffende het bewijs, en wel met opzicht tot de vraag, in hoeverre eene in de verstekzaak plaats gehad hebbende bewijsvoering in het geding op het verzet als afdoende kan worden beschouwd. Hier komen natuurlijk alleen in aanmerking die bewijsvoeringen, welke het den rechter vrijstaat ook ambtshalve te bevelen. Want, al moge de eischer zich, bij niet-verschijning van den gedaagde, bereid verklaren, om des noodig de door hem gestelde feiten door getuigen te bewijzen, hij staat niet tegenover eene ontkentenis van den gedaagde, zoodat hij tegenover dezen te bewijzen zou hebben. Het is dan alleen de vraag of de rechter te zijner voorlichting of ingevolge bepalingen van de wet bewijs noodig acht, om te kunnen verklaren dat de eisch niet ongegrond is. Zoo wordt ten slotte hier altijd ambtshalve een bevel tot bewijsvoering gegeven. Heeft dan de rechter een onderzoek van deskundigen bevolen of eene plaatsopneming en heeft hij daarop, blijkens het vonnis, zijn oordeel gegrond of het daarnaar gericht, dan zal het daarvan opgemaakt procesverbaal door den opposant, wat zijn invloed op de beslissing betreft, bestreden kunnen

worden. Had de gedaagde redenen van wraking tegen een of ander deskundige, hij zal die natuurlijk niet meer kunnen aanvoeren, maar toch ook de juistheid van het uitgesproken oordeel daarmede kunnen bestrijden. Zoo zal hij zelfs een nieuw onderzoek door deskundigen of eene nieuwe plaatsopneming kunnen vragen, doch de rechter zal de bestrijding ongegrond en het licht, dat hij uit de plaatsopneming of uit het onderzoek der deskundigen verkregen heeft, afdoende achtende, het verzoek afwijzen.

Geldt het een getuigenverhoor, dan is de zaak niet zoo gemakkelijk te beslissen. Het lijdt, dunkt mij, geen twijfel, dat het tegenbewijs, hetwelk bij een contradictoir getuigenverhoor van rechtswege vrijstaat, zoodat de gedaagde (wij nemen nu hier aan dat de eischer 't bewijs voert) van zelf bevoegd is om ook zijnerzijds getuigen te doen hooren, die het tegenovergestelde geacht worden te zullen verklaren van de feiten, die door den eischer gesteld en door zijne getuigen bevestigd zullen worden, ook in het geding van verzet aan den oorspronkelijk gedaagde, nu opposant, moet worden toegekend. Maar zal overigens het ambtshalve bevolen en door den eischer geleverd getuigenbewijs door den opposant, die daarbij niet tegenwoordig geweest is, moeten worden aangenomen zooals het daar ligt? of zal hij een nieuw verhoor van de getuigen kunnen vorderen? Wanneer van het getuigenverhoor een procesverbaal is opgemaakt, moet de waarheid van hetgeen daarin geconstateerd werd worden aangenomen en staat het alzoo vast, dat de getuigen de daarin vermelde verklaringen hebben afgelegd. Dan komt het mij voor dat de opposant het nadeel niet kan ontgaan, dat hij de gelegenheid heeft gemist ook zijnerzijds tot de juistheid van die verklaringen door tegenvragen enz. mede te werken; nu zal hij zich tot de bestrijding van de geloofwaardigheid der getuigen en tot bestrijding der daaruit afgeleide gevolgtrekkingen voor de zaak in geschil moeten bepalen en tot het vragen van een nieuw getuigenverhoor omtrent feiten welke niet hij, maar de eischer te bewijzen heeft, geen recht hebben; wèl, gelijk ik opmerkte, omtrent feiten, waaruit het tegendeel daarvan zou blijken.

Werd er geen procesverbaal van het getuigenverhoor opgemaakt, dan moge het vonnis al geen bewijs opleveren van de afgelegde verklaringen, de opposant zal niet anders kunnen vorderen dan om tot tegenbewijs te worden toegelaten, maar, al kan hij tegen de geloofwaardigheid van de gehoorde getuigen bezwaren inbrengen en daardoor de bewijskracht van hunne verklaringen verzwakken, als de

rechter van oordeel blijft dat het afdoend bewijs door de door hem vernomen verklaringen van getuigen geleverd is, dan zal de opposant daaraan niets kunnen doen en zijn troost moeten zoeken in het hier onvermijdelijk toe te passen fransche spreekwoord: „les absents ont tort." Zie ook v. ROSSEM op art. 81, bl. 134. Terecht zegt deze schrijver: „heeft er bij de verstekprocedure eene enquête plaats gehad, zoo zal de rechter, op het verzet recht doende, wel degelijk op de afgelegde verklaringen mogen letten." Immers wanneer de opposant het gewezen vonnis bestrijdt, dan zal hij de onjuistheid van de afgelegde verklaringen door een tegenverhoor, wat ook Mr. v. ROSSEM toegelaten acht, of de juistheid van de door den rechter uit de afgelegde verklaringen gemaakte gevolgtrekkingen moeten bestrijden, om zoo te komen tot de onjuistheid van de gronden waarop het vonnis berust, maar dat kan hij niet doen zonder het voortdurend bestaan van die verklaringen aan te nemen en in de onderstelling dat ook de rechter daarop zal blijven letten, wat deze wel verplicht is te doen.

§ 156. HET VONNIS.

De inhoud van het vonnis is onderworpen aan de algemeen geldende bepaling van art. 59. Wat de gronden der uitspraak betreft, deze kunnen, bij bevestiging van het bij verstek gewezen vonnis, licht gelijk zijn aan die, welke bij dat vonnis werden aangenomen, en staat het den rechter vrij, die gronden in zijn tweede vonnis, door verwijzing naar het eerste, over te nemen. Inhoud.

Ook de kosten van het verstek, die van het vonnis daaronder begrepen, blijven ten laste van den defaillant, al wordt hij bij het op het verzet gewezen vonnis in het gelijk gesteld, uitgezonderd wanneer de oorspronkelijke dagvaarding wordt nietig verklaard. Art. 89. Kosten.

Evenals de bepaling van art. 59, zijn natuurlijk ook de voorschriften omtrent het opmaken van het vonnis hier toepasselijk. Ik kan daaromtrent alzoo tot het IIe Dl. verwijzen. § 71, blz. 176 v.v.

Gelijk het in hooger beroep den rechter vrijstaat, om naar de motieven van het vonnis des eersten rechters te verwijzen, a fortiori ingeval van verzet, waar de rechter zijn eigen overwegingen overneemt. Voor wie van onoordeelkundige letterknechterij houdt en van lange vonnissen, kan zeker de letter van art. 59 een reden opleve-

ren, om te verlangen dat in het vonnis op het verzet, ook wanneer het vonnis op dezelfde gronden bevestigd wordt, die motieven worden nageschreven. Maar als men de letter met den geest van 't artikel in verband brengt, dan heeft die altijd geld kostende omslag geen zin. De verwijzing naar het eerste vonnis is des te meer geoorloofd, omdat dit vonnis is blijven bestaan en in dat bestaan wel wankel is geworden, doch door de bevestiging staande wordt gehouden, Verg. Garsonnet V, § 1055.

Het dictum van het vonnis behoeft ook, behalve de uitspraak over de kosten in geval van bevestiging, niet anders in te houden dan de verklaring des rechters, dat hij het bij verstek gewezen vonnis bevestigt, dewijl het eerste vonnis alsdan zijn kracht blijft behouden.

Dat de defaillant de kosten van de verstekprocedure en die van het verstekvonnis voor zijne rekening blijft houden, is wel het gevolg daarvan, dat hij, dewijl hij behoorlijk gedagvaard is geworden, ook had behooren te verschijnen. Al geeft de wet hem niettemin het middel van verzet, opdat hij zich nog kunne doen hooren, nergens geeft zij hem de gelegenheid om zich wegens zijn wegblijven te verschoonen. Ook had hij de kosten die het hier geldt, den eischer kunnen besparen, die, al wordt hij ten slotte in het ongelijk gesteld, ze niet, als hij, onmiddellijk veroorzaakt heeft.

Buiten bepaling van de wet is echter eene andere beschouwing niet zonder grond. Onze wetgever volgde Berriat St. Prix, die bij ontstentenis van een wettelijke bepaling tot het in ons artikel bepaalde kwam, doch andere uitleggers van den C. de pr. als Carré, Chauveau en Boncenne leidden uit het stilzwijgen van de wet in vergelijking met de bepaling van de Ord. 1667 en uit de reden waarom verzet wordt toegekend af, dat, als de defaillant het proces won, alle kosten ten laste van den geopposeerde moeten komen. De Ord. wilde nl. niet tot verzet toelaten, voordat de kosten van verstek waren vergoed; die bepaling liet men vervallen en men bepaalde als algemeenen regel, zonder hier iets anders te zeggen, dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten behoorde veroordeeld te worden en terwijl nu het eerste vonnis met de veroordeeling in de kosten daarbij uitgesproken, vernietigd werd, verviel ook de daarbij uitgesproken veroordeeling in de kosten. Terwijl voorts de reden waarom verzet wordt toegekend daarin gelegen moet zijn, dat de veroordeelde geen kennis van dagvaarding en vonnis heeft verkregen en het

verzet daarom tot de tenuitvoerlegging wordt toegelaten, zoo gaat het niet aan om aan den opposant, als hij gelijk krijgt, te gemoet te voeren: nu hadt gij ook vroeger moeten komen. Wanneer men onder den indruk komt van de juistheid dezer redeneering, dan wordt men licht geneigd de bepaling van onze wet in vrijgevigen zin ten behoeve van den opposant op te vatten en, zooals DE PINTO doet (II, bl. 178), de kosten te beperken en daarvan uit te sluiten, die welke ook zonder verstek zouden noodig geweest zijn, zooals de dagvaarding en de stukken die ook later in het geding op het verzet gebruikt worden, zoodat uitsluitend die kosten, welke gevolg zijn van zijne niet-verschijning ten laste van den opposant zouden komen. Doch de woorden onzer wet zijn daartegen niet bestand. Als zij spreekt van „de kosten van het verstek, die van het vonnis daaronder begrepen," dan wijzen die uitdrukkingen te duidelijk op de kosten van de instantie, die met het verstekvonnis is geeindigd, gelijk OUDEMAN terecht I, bl. 122, opmerkt. En zelfs beperkt de wetgever de kosten niet tot die van het verstek, maar voegt er bij: „mitsgaders die, welke als gevolg van de niet-verschijning kunnen worden beschouwd," waarmede o. a. die van executie worden bedoeld. Voeg daar nog bij, dat de ontwerper onzer wet van de onderstelling uitging, dat in de veroordeeling in de kosten door het verzet geen verandering kon worden gebracht. V. D. HONERT op § 89; Handelingen S. G. 1836/37 II, bl. 220 op art. 51. De rechter kan wel tot het inzicht komen, dat hij in de zaak verkeerd vonniste, maar de veroordeeling in de kosten werd ook door de afwezigheid beloopen en deze kon niet ongedaan gemaakt worden. Hoe 't zij en welke meening men meene te moeten volgen buiten wettelijke bepaling, de wet is duidelijk en wordt ook door onze eerst aangevoerde gronden wel gerechtvaardigd. Al had de eischer ongelijk, er is geen grond om hem te bezwaren met kosten, die niet hij, maar de gedaagde heeft veroorzaakt. Het ontwerp 1865 volgt in art. 11 het gevoelen van DE PINTO, waarmede zich vereenigt Mr. V. ROSSEM op art. 88 a. h. e.

Wordt daarentegen de oorspronkelijke dagvaarding nietig verklaard, dan volgt daaruit dat de oorspronkelijk gedaagde niet behoorlijk is gedagvaard en de wetgever die in die behoorlijke dagvaarding den waarborg heeft willen geven, dat het exploit ter kennis van den gedaagde moest komen en deze dus daarop moest verschijnen, rechtvaardigt nu het wegblijven des gedaagde en moet hem ook van de kosten ontheffen. Deze blijven alzoo ten laste van den eischer. Wel

was de rechter verplicht geweest om het verstek niet te verleenen, daar de voorgeschreven termijnen of formaliteiten niet waren in acht genomen, maar dit neemt de schuld des eischers niet weg, die de kosten maakte. Niet op den rechter, maar op de procureurs of deurwaarders die zich nietige of overbodige akten hebben veroorloofd, zooals de wet het in art. 96 uitdrukt, zal de eischer verhaal hebben.

Niet-ontvankelijk-verklaring in-nietigheid van het verzet.

Zonder op de hoofdzaak recht te doen, zonder nl. de al of niet gegrondheid van het verzet te onderzoeken, zal de rechter zijn eerste vonnis bevestigen, wanneer de opposant, door het vervallen van zijne bevoegdheid om in verzet te komen, daarin niet ontvankelijk moet worden verklaard, of door niet-inachtneming van de voorgeschreven termijnen en formaliteiten de nietigheid van het verzet zal hooren uitspreken.

Over de redenen van verval zie hierboven bl. 14.

Wat de termijnen en formaliteiten betreft, bepaalt de wet in art. 82, laatste lid, dat, indien zij in acht genomen zijn, het verzet de tenuitvoerlegging van het vonnis schorst. Veilig mag men hier a contrario redeneeren en aannemen dat, indien aan die voorwaarde niet voldaan wordt, ook de tenuitvoerlegging van het vonnis niet geschorst wordt en het vonnis alzoo zijn dwingende kracht behoudt. De executant kan dus voortgaan. Maar terecht zegt Mr. v. Rossem, bl. 136, „dat de executant, die een verzet onregelmatig achtende, met de executie doorgaat, dit suo periculo doet en de kans niet uitgesloten is, dat de rechter het verzet wel regelmatig acht, alle daden van executie nietig verklaart [nl. die tot op het verzet] en den executant tot schadevergoeding veroordeelt. Zie ook Boitard op art. 161 C. de pr.

Niet-verschijning van defaillant.

De bevestiging van het bij verstek gewezen vonnis kan ook plaats hebben, doordien de opposant op de terechtzitting, tegen welke hij de wederpartij heeft gedagvaard, niet verschijnt. Art. 87.

Dit vloeit voort uit de bepaling van art. 87, waarmede wij reeds kennis gemaakt hebben. De bevestiging van het eerste vonnis zal hier het profijt van het verstek zijn. De tekst is gesteld in de onderstelling dat het verstek en de bevestiging van het vonnis onmiddellijk op die terechtzitting wordt verleend en uitgesproken. Gebeurt dit laatste niet, dan kan de opposant ook hier, van de bepaling van

art. 89*a* gebruik makende, alsnog in rechte verschijnen. Het is alsof zelfs art. 87 dit nieuwe artikel in het oog heeft gehad door te spreken van zich bij verstek laat vonnissen.

Indien het bij verstek gewezen vonnis bevestigd wordt, ontstaat voor den opposant de bevoegdheid om van 's rechters uitspraak in hooger beroep of in cassatie te komen, indien althans het vonnis in het geheel daarvoor vatbaar is. Hooger beroep na bevestiging van het vonnis b. v.

Ik wijs hier alleen op dit bijzonder gevolg van een verstekvonnis. De daarbij in toepassing gebracht wordende regel „contumax non appellat" welke de wetgever in art. 335 en art. 400 huldigt, bespreek ik later, zooveel noodig, bij de behandeling van het hooger beroep en de cassatie. Hier maak ik slechts melding van de vraag, welker beantwoording schrijvers en jurisprudentie in Frankrijk verdeeld houdt, en die met aanhaling daarvan door Garsonnet wordt besproken V, § 1055 a. h. e., of men van het eerste of van het tweede of van beide vonnissen in hooger beroep moet komen en welke vraag hij in 't kort dus beantwoordt: „il importe peu qu'on appelle de l'un ou de l'autre: ces deux manières de procéder sont également régulières". Maar hij eindigt toch ald. in de noot 12 met te zeggen: „la prudence n'en conseille pas moins de comprendre expressément les deux jugements dans l'acte d'appel".

AFDEELING II.

HOOGER BEROEP.

TITEL I.

HET MIDDEL.

§ 157. KARAKTER EN NUTTIGHEID.

Het geding kan met het vonnis in eersten aanleg gewezen voor goed een einde nemen en door de uitvoering van dat vonnis zijn beslag krijgen. Het kan echter ook in hooger beroep worden voortgezet, Wat hooger beroep is.

waardoor de zaak aan een hernieuwd onderzoek wordt onderworpen. Met dat hooger beroep, appèl, wordt aan eene partij, die bij vonnis van een lageren rechter in het ongelijk werd gesteld, het middel gegeven om verbetering van dat vonnis bij den hoogeren te verkrijgen. Art. 332.

Men onderscheidt tweeërlei hooger beroep, principaal en incidenteel. Behalve van eigenlijk gezegde vonnissen wordt hooger beroep ook van beschikkingen eens lageren rechters op den hoogeren rechter gegeven. Arg. art. 345.

Het is zoo duidelijk dat het middel in verband met zijne strekking toekomt aan de partij die bij vonnis in het ongelijk werd gesteld dat dit nauwelijks vermelding zou behoeven. Het kan dan ook den wetgever niet euvel worden geduid dat hij dit naliet, maar wèl dat hij, in de plaats daarvan, de bevoegdheid om in hooger beroep te komen bij art. 332 aan de partijen toekent. Is hier eene tegenstelling met het verzet door derden bedoeld, dan ligt die toch reeds voldoende in de bijzondere benaming van dat middel. Maar in ieder geval had de wetgever dan van partijen moeten spreken, zie ook art. 359; de partijen wekt, uit taalkundig oogpunt, de gedachte op aan beide partijen te zamen, waaraan, al zou 't een jurist niet in de gedachte komen, toch de gedachte niet opgewekt moet worden. In 't voorbijgaan gezegd, ziet men hier weer duidelijk, hoe weinig wij gerechtigd zijn om, zonder op het verband te letten of op de gelegenheid bij welke de uitdrukking voorkomt, zelfs waar de wetgever van de partijen spreekt, aan beide partijen gezamenlijk te denken. Doch dan moet het rechtsmiddel uitdrukkelijk en uitsluitend worden toegekend aan hen die partij waren bij de vonnissen waartegen wordt opgekomen. Zoodanige bepaling kan nuttig zijn, om, waar in strijd daarmede werd gehandeld, het beroep op een geschonden wetsartikel in cassatie mogelijk te maken.

De verweerder in eersten aanleg kan derhalve even goed als de eischer in hooger beroep komen en de eerste zal dan als eischer in hooger beroep, de andere als verweerder in hooger beroep optreden. In plaats van deze nederlandsche benamingen spreekt de praktijk van appellant en geïntimeerde; in de wet komt de eerste benaming wèl (art. 342), de laatste niet voor; de wet spreekt van gedaagde in hooger beroep. Voor appellant en geintimeerde pleit alleen het standvastig gebruik, al wordt daar-

door het gebruik van die vreemde woorden niet gerechtvaardigd, terwijl het woord geïntimeerde door meer personen gebruikt dan verstaan of begrepen wordt.

Ik veroorloof mij daarom over de beteekenis van de benaming „geïntimeerde" eenige uitweiding.

Geïntimeerde van het in den C. de pr. gebruikelijke intimé. „Intimare" beteekent, volgens DUCANGE Gloss. in vo., innotescere notum facere, alzoo: aanzeggen, en in dien zin wordt het bij MERULA Lib. IV, tit 3, cap. 3, § 2 en 3 tegenover dagvaarden gesteld, bepaaldelijk in appèl. De appellanten moeten nl. doen dagvaarden de partijen, ten profijte van dewelke 't vonnisse of 't appoinctement gegeven is ende ook ten voorz. dage intimeeren de Regteren, die gegeven zullen hebben 't vonnisse of appointement, daarvan geappelleerd is. Het onderscheid was dat de rechter niet behoefde te verschijnen. De aan hem gedane oproeping heette daarom eene citatio voluntaria volgens IMBERTUS t. a. p. bij MERULA geciteerd. En wanneer v. D. LINDEN Practijcq judicieel II, 24, § 24, de gewone clausulen in de extensie van het Mandament van appèl voorkomende opnoemt, vermeldt hij: *a*. de clausule van dagvaarding van de wederpartije en *b*. de clausule tot het doen van inthimatie aan den judex a quo, waarbij de deurwaarder wordt geauctoriseert, die van den Gerechte van N. te inthimeeren ten voorz. dage mede te komen, ofte Gemachtigde te zenden, indien 't henluyden belieft en de zaake eenigzints aangaat." Evenzoo II, 26, § 4 waar van reductie van uitspraken van arbiteren gehandeld wordt.

Geïntimeerde kan alleen van den rechter a quo, niet van den in beroep gedaagde gezegd worden, die dan ook in den regel gedaagde in beroep, ook wel geappelleerde genoemd wordt. Maar reeds MERULA teekent t. a. p., met beroep op REBUFFUS, bij dat intimeeren van den rechter aan: „Hoc in Gallia non practicatur" en dienovereenkomstig teekent CARPENTARIUS in een Add. op DUCANGE in vo. intimatus aan: vox fori Gall. intimé, PROVOCATUS, in aresto parliam. Par. 17 Maii 1499.

Toch was het vroeger ook in Frankrijk anders en werd zelfs, in de landen van het droit coutumier, de rechter gedagvaard en werd daarvan aanzegging gedaan aan de partij, terwijl in de landen van het droit écrit het omgekeerde plaats had. In het eerste geval was derhalve de partij, in het laatste de rechter geïntimeerde. Zie Glossaire du droit français par F. RAGEAU revu par EUSÈBE

DE LAURIÈRE in vo. Emende en matière ou cas d'appèl, die aan het einde van dit artikel zegt: „Aujourd'hui l'on n'ajourne, et l'on n'intime plus les juges Royaux et subalternes si ce n'est en certain cas spécifiez par les ordonnances;.... mais on ajourne seulement ceux qui ont obtenu gain de cause en première instance, et ceux qu'on ajourne ainsi, ont retenu le nom d'Intimez."

Zie ook in vo. intimation en vv.

Daar ligt een voordeel in dat gebruik van onderscheiden benamingen met één woord uitdrukkende twee onderscheiden, doch gelijksoortige hoedanigheden, maar met het geding in cassatie moest men toch weder tot „demandeur" en défendeur en cassation" komen. Ik zou voor ons het eenvoudigst vinden, van eischer en gedaagde in beroep te spreken. Dat hooger is voor de tegenstelling met eischer en gedaagde in cassatie overbodig. Maar, al geeft de wet hier een goed voorbeeld, we zullen, zoolang we van appellant spreken, ook nog wel het woord geïntimeerde behouden en dan is het een zoo verkeerd als het ander; maar geappelleerde en appellant vermijde men in elk geval, evenals appellatie voor appèl. Het is met dat woord geïntimeerde zoowat hetzelfde als met de benaming van arrest voor in hooger beroep door hoogere rechters gewezen vonnissen. Ook hebben de vreemde woorden wellicht dit aanlokkelijks dat zij 't begrip in één woord teruggeven, waarop men bij ons, blijkens fabricaties als ambtseedig, bijzonder gesteld schijnt te zijn.

Men behoort niet uit het oog te verliezen dat, al treedt de gedaagde in eersten aanleg als eischer in hooger beroep, de eischer in eersten aanleg als gedaagde in hooger beroep op, geen van beiden toch ophouden in den rechtstrijd zelven eischer of gedaagde te zijn, want ook in hooger beroep blijft de oorspronkelijk eischer veroordeeling van de tegenpartij verlangen, al is hij nu geïntimeerde of gedaagde in beroep, en de oorspronkelijke gedaagde ook als eischer in hooger beroep, op vrijspraak aanspraak maken.

Terwijl nu eischer zoowel als gedaagde gedeeltelijk in het gelijk, gedeeltelijk in het ongelijk gesteld kunnen zijn, kan een gedeeltelijk ingesteld hooger beroep de andere partij aanleiding geven om ook van hare zijde in hooger beroep te komen. De laatste wordt dan gezegd incidenteel in hooger beroep te komen (art. 339, § 2). Zoo heeft men dan een incidenteel en principaal hooger beroep en spreekt men van een principalen en een incidentee-

len appellant. Men komt hier moeilijk uit de vreemde termen. Reeds is die vreemde uitdrukking niet nauwkeurig. Want van een incident kan hier nauwelijks sprake zijn. Dat beroep van den verweerder is eer accidenteel dan incidenteel. Zullen we dan van een bijkomend beroep gaan spreken? De zaak wordt er duidelijk door uitgedrukt, toch acht ik het verstandiger de vreemde benaming te behouden. We weten nu eens wat zij beteekent. Principaal en incidenteel beroep is ook de door den Ontwerper van 1865 gevolgde terminologie.

Altijd evenwel moet hij die in hooger beroep wil komen geheel of gedeeltelijk in het ongelijk gesteld zijn. Die in het gelijk werd gesteld heeft geen hooger beroep. Wat kan hij beter verlangen dan dat hem recht geschiedt overeenkomstig zijn beweren? Het „point d'intérêt point d'action" is op hem volkomen toepasselijk. Mocht hij verlangd hebben op andere gronden gelijk te krijgen dan die welke de rechter aannam, het zijn niet de gronden maar het is de beslissing bij vonnis gegeven, welke vaststelt wat recht is tusschen partijen. Ook hier evenwel zal niet in aanmerking komen wat in den vorm van beslissing in de uitspraak voorkomt, maar ook wat in den vorm van motief inderdaad tot het dispositief behoort. Zie deel II, § 71.

Het is eene naar onze wet wezenlijke eigenschap van het hooger beroep ook in de benaming uitgedrukt, dat het van een lageren op een hoogeren rechter plaats heeft. Het herhaald onderzoek der zaak, wat met het hooger beroep wordt beöogd, zou ook kunnen plaats hebben door beroep toe te staan van den eenen rechter op een ander in de rechterlijke hierarchie met hem gelijk staande (mutuëel appèl). Dit stelsel werd in Frankrijk bij de wet op de rechterlijke organisatie van 1790 aangenomen en op nieuw ingevoerd bij de krachtens de Constitutie van fructidor an III uitgevaardigde wet van 17 frimaire V.

De thans nog in Frankrijk bestaande inrichting van het hooger beroep is uit de wet van 16 ventôse an VIII afkomstig. Wij hebben dat stelsel gevolgd, zoodat hooger beroep plaats heeft van de vonnissen der Kantonrechters op de Arrondissementsrechtbanken, van die van de Rechtbanken op de Hoven, van die van de Hoven op den Hoogen Raad. Zoo werd hooger beroep onmogelijk van de arresten door den Hoogen Raad zelven gewezen, als zijnde volgens

art. 161 der Grondwet het opperste Gerechtshof. Het middel dat de wetgever uitvond om ook arresten van den Hoogen Raad aan een herhaald onderzoek te onderwerpen heet dan ook niet hooger beroep maar revisie, een middel van hoogst problematieke deugdelijkheid.

Nu is er zeker op de wijze, waarop in Frankrijk indertijd het mutueel appèl in toepassing werd gebracht, veel af te dingen; dit middel zelf werd er nog niet om veroordeeld, indien het alleen om een herhaald onderzoek der zaak te doen was. Maar, zal dit herhaald onderzoek beantwoorden aan zijn doel van eene deugdelijke rechtspraak te bevorderen, dan moet het niet alleen met waarborgen voorzien zijn, die kunnen doen verwachten dat de tweede rechter beter, d. w. z. juister zal oordeelen dan de eerste, maar die waarborgen moeten ook het vertrouwen daarvan wekken. En die waarborgen kunnen de rechtzoekenden niet vinden, dat vertrouwen kan bij hen niet gewekt worden, wanneer zij van het eene college naar een ander daarmede in alle opzichten gelijkstaande worden verwezen. Ook wordt door dat stelsel de rechtspraak te licht door gevoeligheid of animositeit beheerscht. Want men moge in een pleidooi van de rechters verlangen, dat zij, ofschoon menschen, oordeelen alsof zij goden waren, zij blijven menschen en al het menschelijke van zich af te zetten kan wel eens wat te veel van een mensch gevergd zijn. Ook zal een lagere rechter zich in zijne uitspraken eerder voegen naar die van een hoogeren, dan naar die van een met hem gelijkstaanden rechter. Wordt het beroep aan een hoogeren rechter opgedragen, dan kunnen de meerdere waarborgen in een grooter aantal uitverkorenen (want men moet onderstellen dat het in het geheel zooveel kleiner aantal hoogere rechters door goede keuzen tot een keurkorps kan worden) dus door meer kennis en langduriger ondervinding uitmuntende, worden gevonden.

Voorts kan in het stelsel der collegiale rechtspraak een waarborg daarin gevonden worden, dat ten slotte niet alleen in ieder geval eene meerderheid, maar ook in 't geheel eene grootere meerderheid of eene meerderheid van hooger geplaatste rechters aan de winnende partij gelijk zal hebben gegeven. Tot de vernietiging van het vonnis eens Kantonrechters is altijd eene meerderheid van een collegie van drie personen noodig. Bij bevestiging blijkt dat het gevoelen van één door nog ten minste twee gedeeld wordt. Bij bevestiging van het vonnis eener rechtbank, moeten ten minste drie raadsheeren zich met het gevoelen van twee rechters vereenigen, terwijl de vernieti-

ging van een vonnis dat geen verdeeldheid in eene rechtbank deed ontstaan, ten minste den steun van drie raadsheeren behoeft.

Al heeft het hooger beroep de strekking, om de verbetering van het vonnis eens lageren rechters te verkrijgen; al is zijn doel de waarborgen voor eene deugdelijke rechtspraak te bevorderen, zoo behoeft toch nauwelijks vermeld te worden, dat gevallen kunnen voorkomen, waarin de hoogere rechter het door den lageren gewezen vonnis slechter in plaats van beter maakt. Nog altijd blijft waar de bekende uitspraak van ULPIANUS in de l. 1 D. de appellat. et rel. (49. 1): Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est.

Het eigenaardige van het hooger beroep als middel van voorziening tegen een vonnis is in zijne strekking gelegen, doordien de geheele zaak, nadat daarin door den rechter na 't hooren van beide partijen is geoordeeld, in haar geheelenomvang, voor zoover er is geappelleerd, op nieuw wordt onderzocht. Aan een vonnis bij verstek gewezen ontbreekt het hooren van de tegenpartij (ik laat de bijzondere bepaling van art. 335 nu buiten aanmerking) wat door het verzet wordt aangevuld. Bij het beroep in cassatie geldt het alleen het rechtspunt; de feiten staan voor den rechter in cassatie vast. — Dat herhaald onderzoek kan ook de gelegenheid geven om verweermiddelen, die de partij aanvankelijk voor hare verdediging overbodig achtte of waarop zij zich liever niet beriep, als de verjaring, minderjarigheid of die zij onwillekeurig verzuimde, wat in de verdediging gebillijkt kan worden, alsnog aan het oordeel des rechters te onderwerpen. De eischer moet zeker zijn van zijn beweerd recht, wanneer hij dit in rechte gaat handhaven, en gelijk hij aan de dagvaarding gebonden, zijn eisch alleen wijzigen of verminderen, niet veranderen noch vermeerderen mag (zie Dl. II, bl. 76vv.), zoo mag hij ook in hooger beroep niet verder gaan. Deze punten zal ik bij 't verweren en voldingen in hooger beroep, naar aanleiding van art. 348, nader te bespreken hebben.

Nu de zaak opnieuw onderzocht wordt, heeft er door het hooger beroep eene voortzetting van het geding plaats. Het is de vraag, of wat de eerste rechter besliste, in stand zal worden gehouden; wat

daardoor vast scheen te staan wordt, om zoo te zeggen, weder op losse schroeven gesteld. Vandaar dat ook in den regel door het hooger beroep de tenuitvoerlegging van het vonnis wordt geschorst, in afwachting van hetgeen de hoogere rechter zal beslissen. Wanneer door hem die in hooger beroep komt, wordt beweerd, niet dat de eerste rechter verkeerd heeft gevonnist, maar, zooals dat gewoonlijk wordt uitgedrukt, dat er verkeerd is gevonnist, dan ligt daarin juist niet dat de lagere rechter in de waardeering van de zaak, zooals die hem werd voorgelegd, heeft gedwaald, maar de geheele rechtstrijd wordt opnieuw gevoerd, al kunnen dan ook bepaalde rechtsmiddelen in den eersten aanleg verwerkt zijn, zoodat daarop in hooger beroep niet kan worden teruggekomen.

Is nu dat hooger beroep voor een goede rechtspraak noodig of nuttig? Is 't noodig of nuttig eene eens naar de regelen eener goede rechtspleging onderzochte en geoordeelde zaak aan een herhaald onderzoek te onderwerpen? Reeds herhaaldelijk heeft deze vraag schrijvers en wetgevers verdeeld. De meerderheid bleef aan de instelling vasthouden en in de wetgeving bleef het bij 't behoud. Tegen 't behoud van het appèl verklaarde zich in Frankrijk M. Fournier in een in 1881 te Parijs verschenen Essai sur l'histoire du droit d'appel, waar hij in het derde gedeelte, onder het opschrift Législation, de slotsom van zijn historisch onderzoek in de bespreking van „la réforme de l'appel'' opmaakt. bl. 320—344.

Ik ben het geheel met Fournier eens, dat het meermalen voorop-gezette argument, ontleend aan het algemeen en voortdurend bestaan van de instelling bij alle volken niet afdoende is, omdat het historisch onjuist is en dat, al ware 't beweren juist, wat bij het eene volk bestaat, daarom voor een ander nog niet past, en ook wat vroeger bij een volk bestaan heeft daarom voor zijn tegenwoordigen toestand nog niet noodig of nuttig is. De lessen welke men uit de geschiedenis put, behooren niet eenvoudig tot navolging en instandhouding van vroeger goed gewerkt hebbende instellingen te leiden; dan toch maakt men de historie tot traditie; maar om tot de bruikbaarheid van vroegere instellingen voor den tegenwoordigen toestand, uit de vergelijking van die vroegeren met den tegenwoordigen toestand te doen besluiten. Het langdurig en vrij algemeen bestaan van eene instelling maakt echter het betoog harer ondeugdelijkheid noodzakelijk. Of dit aan Forunier gelukt is, betwijfel ik zeer.

Evenmin als FOURNIER hecht ik aan het argument, dat zonder Hoven van appèl de rechters te dicht bij de justiciabelen zouden komen te zitten en dat daardoor allerlei verkeerde invloeden hunne uitspraken zouden beheerschen; evenmin aan dat andere dat zij, eene vernietiging in appèl van hunne vonnissen niet hebbende te vreezen, daaraan minder zorg zouden besteden.

Evenmin zou ik aan het oordeel hechten van de praktizijns om aan te nemen dat de rechtzoekenden op het appèl gesteld zijn. De praktizijns zijn niet zonder belang in dezen. En als de door FOURNIER aangehaalde schrijver, die zoo op de raadpleging van de praktizijns gesteld is, erkent dat er tegenwoordig over chicaneeren in de praktijk niet te klagen valt en dat de rechtzoekenden veel minder proceslustig zijn dan vroeger, dan leidt FOURNIER daaruit met recht een grond voor zijn gevoelen af, door te beweren dat de rechtzoekenden dan ook niet op het verlengen van het proces door een hooger beroep gesteld kunnen zijn. Doch ik zou deze geheele redeneering liever geheel buiten het debat laten. Ik zou evenwel, zoo 't noodig ware, liever de rechters en het Openbaar Ministerie dan de praktizijns daarover hooren.

Ik kan niet met FOURNIER instemmen dat al wat voor het behoud van het beroep is gezegd eigenlijk hierop neerkomt, dat men wil het behoud van het bestaande, desnoods met verbetering in de bijzonderheden, en dat daarin zou worden teruggevonden „une application très accentuée de cet attachement pour la forme et les formes juridiques qui caractérise en général les idées comme les doctrines des jurisconsultes." Ik erken het bestaan van die behoudzucht, maar ik geloof dat meer dan deze voor het behoud van het hooger beroep pleit.

FOURNIER beweert dat het hier meer geldt eené vraag van administratie dan van justitie. Het blijkt volgens hem uit de geschiedenis van het hooger beroep dat de instelling nuttig en noodzakelijk is waar het streven naar centralisatie in een land op den voorgrond staat, maar dat zij alleen hinder oplevert in landen waar men naar het tegenovergestelde streeft of waar de centralisatie een gevestigde toestand geworden is, en het hulpmiddel van het hooger beroep niet meer noodig is om daartoe te geraken. Nu kan men verschillen over de vraag, of Frankrijk reeds in dit laatste geval verkeert of nog niet zoover gevorderd is, maar hij voor zich gelooft dat het toch zoover is gekomen dat eene instelling als het hooger beroep eer

nadeelig dan nuttig en noodig is te achten. En tot dit besluit wordt hij dan gebracht door te wijzen op de uitkomsten der statistiek, waaruit blijkt, dat geen zesde deel der vonnissen aan hooger beroep wordt onderworpen en dat in hooger beroep 70 percent der vonnissen werden bevestigd tegen 30 percent vernietigd, terwijl al dadelijk $^5/_7$ van de 700.000 vonnissen reeds krachtens de wet van het h. b. zijn uitgesloten. Die uitkomsten der statistiek zijn bij ons zoo ongeveer gelijk. Nu durf ik niet beslissen of wij bij ons aan 't centraliseeren of decentraliseeren zijn. Al heeft dit zijn invloed op 't al of niet toepassen van appèl, ik hecht meer aan de nuttigheid, welke het hooger beroep heeft voor een goede justitie, omdat eerst door eene tweede behandeling alle gronden en middelen welke eene zaak tot klaarheid kunnen brengen, aan het licht komen. „Le droit accroit en plaidant" is terecht opgemerkt. Dit wordt door FOURNIER over het hoofd gezien, althans hij wijst op dezen, m. i. den voornaamsten, grond voor het hooger beroep, niet. Natuurlijk draagt dan tot de juiste beoordeeling van de zaak de opdracht der kennisneming aan een hoogeren rechter en aan meer personen het hare bij. Dit laatste weegt ook bij FOURNIER zeer zwaar, maar hij meent dat men dit voordeel met afschaffing van het appèl kan behouden, door tot rechters in eersten aanleg te maken zulke rechters als men nu in appèl heeft. Door op die wijze het noodig aantal rechters in het geheel te verminderen, kon men van zelf een betere keuze doen. Hoe dat praktisch uitvoerbaar zou zijn, is mij volstrekt niet duidelijk, maar er blijkt wederom uit dat FOURNIER aan het herhaalde onderzoek niet hecht. Maar geldt dan hier niet tot op zekere hoogte wat den in consult geroepen geneesheer, behalve meer kennis en ervaring, op den eersten geneesheer een voorsprong geeft, dat hij nl. uit diens eerste behandeling eene aanwijzing heeft in welke richting hij de genezing van den patient niet moet zoeken? Nu ontken ik allerminst het nadeel dat het appèl oplevert. Niet de langere duur en meerdere kostbaarheid van de gedingen op zich zelf, want die moet men dragen ten bate van eene goede justitie, als de zaak die het geldt ze overigens in 't algemeen verdragen kan. Maar het misbruik dat van het middel gemaakt kan worden. Eensdeels door praktizijns die hunne clienten en zich zelven meenen te mogen helpen door anderen in de handhaving hunner rechten te bemoeilijken en op te houden; andersdeels door, waar tot het komen in hooger beroep reeds van den aanvang af is besloten, tot eene onvolledige behandeling in

eersten aanleg aanleiding te geven. Maar het gebruik van een middel af te schaffen om 't misbruik dat er van gemaakt kan worden en ook wordt, is slechts in bepaalde gevallen m. i. te verdedigen. Zie mijne Adviezen over Burg. Rechtsv. Leiden 1896, blz. 79. Intusschen kan ik het middel alleen nuttig, niet noodzakelijk achten. Want de kosten die het medebrengt zijn niet gerechtvaardigd voor zaken welke die niet kunnen dragen. Waarop het voor de goede justitie vóór alles blijft aankomen is de nauwgezetheid in de keuze der rechters. Geen dienstjaren alleen maar ook onderscheiding in verdienste zij de grond voor de onderscheiding om in een hooger college geroepen te worden.

In Duitschland heeft de vraag over het hooger beroep vele pennen in beweging gebracht, toen in de eerste ontwerpen van de Civilprozesordnung voor de vonnissen der rechterl. colleges de afschaffing van het hooger beroep en zijne vervanging door eene revisie in iure was voorgesteld. Zie de literatuur daarover, aangeteekend bij STRÜCKMAN en KOCH, op § 472, n[t]. 2.

Van het hooger beroep van beschikkingen op verzoekschriften gewezen wordt hier slechts in art. 345 melding gemaakt. Daar ik evenwel de vrijwillige rechtspraak in dit werk niet behandel, laat ik dit onderwerp ook hier verder buiten behandeling.

§ 158. VONNISSEN VOOR HOOGER BEROEP VATBAAR. BEVOEGDE RECHTER.

Voor hooger beroep zijn vatbaar:

1°. de vonnissen welke volgens de wet in eersten aanleg zijn gewezen door de Kantonrechters, de Arrondissements-rechtbanken en de Gerechtshoven, Art. 332.

Het hooger beroep wordt gebracht bij den rechter tot wiens rechtsgebied de rechter behoort die het vonnis wees.

2°. de vonnissen door den President van de Arrondissementsrechtbank in kort geding in eersten aanleg gewezen. Art. 295.

Rechter van dit beroep is het Gerechtshof onder hetwelk de rechtbank ressorteert.

3°. de vonnissen van scheidsmannen, mits het hooger beroep daarvan bij het compromis werd voorbehouden en het vonnis, indien het door den gewonen rechter ware gewezen, voor hooger beroep naar de wet zou zijn vatbaar geweest. Art. 646.

De kennisneming van het hooger beroep is opgedragen aan den rechter, die in hooger beroep zou hebben rechtgesproken, indien in eersten aanleg door den gewonen rechter ware gevonnist.

4°. preparatoire, interlocutoire en andere incidenteele vonnissen, indien het vonnis op de hoofdzaak gewezen of te wijzen voor hooger beroep vatbaar is of zoude zijn.

Het hooger beroep behoort bij den rechter, die in hooger beroep over de hoofdzaak heeft te oordeelen.

5°. vonnissen houdende beslissingen over 's rechters bevoegdheid zijn voor hooger beroep vatbaar, en indien zij met andere beslissingen, niet voor hooger beroep vatbaar, in hetzelfde vonnis voorkomen, is alleen de beslissing over de bevoegdheid aan hooger beroep onderworpen. Art. 333.

Rechter in hooger beroep is de hoogere rechter tot wiens rechtsgebied de rechter behoort die het vonnis wees.

6°. vonnissen bij verstek gewezen, zijn alleen vatbaar voor hooger beroep, wanneer de eischer, niettegenstaande de gedaagde verstek liet gaan, in het ongelijk werd gesteld. De gedaagde kan evenwel, als de eischer voor een gedeelte van het vonnis in hooger beroep komt, zijnerzijds incidenteel in hooger beroep komen.

7°. Onder de vonnissen voor hooger beroep vatbaar zijn nog te vermelden:

De arresten van het Hooggerechtshof van Nederlandsch Indië, en die van het Gerechtshof in Suriname en het Hof van Justitie op Curaçao in eersten aanleg gewezen, voorzoover zij aan hooger beroep onderworpen zijn verklaard. Het hooger beroep wordt gebracht bij den Hoogen Raad.

Het hooger beroep is een middel van voorziening tegen vonnissen. Het zijn alzoo v o n n i s s e n, die daarvoor al of niet vatbaar zijn. Toch is de uitdrukking van z a k e n aan hooger beroep onderworpen nog niet verkeerd. Want vooreerst kan men vonnissen in de eigenlijke meer beperkte beteekenis opvatten, terwijl ook beschikkingen aan hooger beroep onderworpen zijn. Art. 345. Maar ten anderen worden aan de behandeling in hooger beroep d e z a k e n onderworpen, die gelijk wij reeds de gelegenheid hadden op te merken, een geheel nieuw onderzoek ondergaan. Terwijl eindelijk de vatbaarheid van een vonnis

voor hooger beroep weder afhankelijk is van den aard of het bedrag der vordering, over welke bij het vonnis uitspraak werd gedaan, zoo kan men ook spreken van vorderingen al of niet vatbaar voor hooger beroep.

Ik heb hier aan vonnissen voor hooger beroep vatbaar de voorkeur gegeven, ofschoon de wet van daarvoor vatbare zaken spreekt. Doch behalve in het opschrift van de eerste afdeeling van Titel VIII houdt de wetgever er zich alleen aan in het eerste artikel. (332.)

Ad I^um. De vorderingen waarover de Kantonrechters volgens de wet in eersten aanleg vonnis wijzen, welke vonnissen alzoo aan hooger beroep onderworpen zijn, worden vermeld in art. 38—42 R. O., terwijl de vonnissen door de Kantonrechters gewezen in zaken waarvan hun de kennisneming door partijen werd opgedragen overeenkomstig art. 43 R. O. alleen dan aan hooger beroep onderworpen zijn, indien partijen zich dit mochten hebben voorbehouden. Dat voorbehoud is evenwel niet toegelaten, indien de zaken op de gewone wijze voor den bevoegden rechter gebracht, voor hooger beroep niet vatbaar mochten zijn. Wat niet toegelaten is kan niet voorbehouden worden. Over de beteekenis van de hier aangehaalde bepalingen handelde ik in Dl. I, § 42 en bl. 447.

De rechtsmacht der Arrondissements-rechtbanken in eersten aanleg en alzoo onder hooger beroep wordt in art. 53 R. O. beschreven en vindt hare beperking in art. 54 en 55, uit welke laatste bepaling volgt, dat en in hoeverre de partijen bevoegd zijn de rechtsmacht der rechtbanken tot den eersten aanleg te beperken. Zie Dl. I, § 43. De rechtbanken kunnen door den wil van partijen tot rechter in het eerste en hoogste ressort gemaakt worden, wanneer eene vordering tot de bevoegdheid van den Kantonrechter behoorende bij haar is aangebracht en de exceptie van onbevoegdheid door den gedaagde niet wordt voorgesteld. Art. 157 B. R.; en ook wanneer partijen, overeenkomstig art. 55 R. O., van het hooger beroep afzien, Dl. I, bl. 449 en 451.

De rechtsmacht der Gerechtshoven in eersten aanleg onder hooger beroep is zeer beperkt. Het zijn niet anders meer dan jurisdictiegeschillen. Waarom deze anomalie (verg. art. 54 n°. 1 R. O.) in 't meermalen herziene art. 65 is blijven bestaan, kan niet anders dan daaruit worden verklaard dat dit partieele herzieningen waren. Verg. Dl. I, bl. 399.

Overigens spreken de Hoven recht in eersten aanleg, doch tevens in het hoogste ressort, wanneer partijen, gebruik makende van de hen in art. 66 R. O. toegekende bevoegdheid, aan hooger beroep onderworpen zaken, met voorbijgang van de Rechtbank, bij het Gerechtshof aanbrengen. Zie ook art. 331 § 2. Dat voor deze prorogatie van rechtsmacht de vereischten gesteld worden, welke art. 66 vermeldt, en bij die van art. 157 B. R. niet, moet daaruit worden verklaard, dat in het eerste geval inbreuk op de orde in de jurisdictie gemaakt wordt, in het tweede aan de Rechtbank opgedragen wordt, wat haar als gewone rechter toekomt.

In 't algemeen kan men alzoo zeggen, dat partijen wel de bevoegdheid hebben van hooger beroep af te zien en een rechter in eersten aanleg te maken tot rechter in het hoogste ressort of den rechter in hooger beroep te maken tot rechter in eersten aanleg en in het hoogste ressort; maar hooger beroep te scheppen, waar de wet dit uitsluit, staat partijen niet vrij. Cf. GARSONNET § 923.

Uit de aangehaalde bepalingen van de wet op de R. O. blijkt dat het hooger beroep vooral afhankelijk is van het bedrag der vordering. Het wordt nl. uitgesloten als het bedrag der vordering eene bepaalde som te boven gaat. Daaruit volgt dat, terwijl het bedrag, waartoe veroordeeld wordt, wel minder kan zijn dan dat der vordering, een vonnis bijv. van den Kantonrechter, houdende veroordeeling tot betaling van *f* 40,— voor beroep vatbaar is, indien *f* 60,— gevorderd was. Dl. I, bl. 169. Het bedrag der vordering hangt in de eerste plaats af van de dagvaarding, niet evenwel indien het later overeenkomstig art. 134 B. R. verminderd werd. Over dit punt bestaat evenwel strijd zoowel in Frankrijk als bij ons. Zie Dl. II, bl. 74.

Overigens houde men in het oog dat het hier geldt bepalingen omtrent de attributie van rechtsmacht. Het zijn bepalingen van openbare orde, die ambtshalve door de rechters worden toegepast en waarvan de afwijkingen op uitdrukkelijke bepaling der wet moeten gegrond zijn.

Het hooger beroep is alleen toepasselijk op vonnissen volgens de wet in eersten aanleg gewezen. Dit wordt niet bepaald door de uitspraak van den rechter, die in zijn vonnis uitdrukkelijk verklaarde recht te spreken in eersten aanleg of wel in het hoogste ressort. Duidelijk zegt dit art. 453 C. de pr. Maar ook naar ons art. 332 volgt het daaruit dat de wetgever het hooger beroep daarvan afhankelijk

stelt, dat de lagere rechters niet anders dan in het eerste ressort kunnen oordeelen.

Is de eerste uitspraak in strijd met de wet in eersten aanleg gewezen, de rechter in hooger beroep zal dit beroep, desnoods met vernietiging van het vonnis des lageren rechters op dit punt, niet-ontvankelijk verklaren. Verklaarde de rechter in eersten aanleg ten onrechte in het hoogste ressort recht te spreken, ook op dit punt zal de hoogere rechter die uitspraak verbeteren door het hooger beroep niettemin ontvankelijk te verklaren. Verg. Garsonnet § 922. Zie ook art. 333. Ook hier toch geldt het eene beslissing over bevoegdheid.

Ad 2um. In de achttiende afdeeling van tit. III wordt niet uitdrukkelijk bepaald, in welke gevallen de president in eersten aanleg of in het hoogste ressort oordeelt. In art. 293 wordt van de uitspraken in kort geding ondersteld dat er zijn van welke hooger beroep niet is toegelaten. Welke dit zijn, zal dan wel naar de in de wet op de R.O. gestelde regelen voor de bevoegdheid van de rechtbanken moeten worden beoordeeld, ook omdat het Gerechtshof als rechter in hooger beroep wordt aangewezen in art. 295.

Ad. 3um. Bij de opdracht van een geschil aan scheidsmannen is de onderstelling gerechtvaardigd, dat de partijen, zelve hunnen rechter kiezende, van den gewonen rechter niet willen weten en daarmede hooger beroep op den gewonen rechter uitsluiten. Zij kunnen evenwel reden hebben om alleen den rechter in eersten aanleg uit te sluiten en het hooger beroep bij den gewonen rechter te behouden. Van deze onderstelling gaat althans de wetgever uit, waar hij hun toestaat het hooger beroep voor te behouden. Natuurlijk kan evenwel een voorbehoud niet te pas komen betreffende zaken voor hooger beroep niet vatbaar verklaard, wat de wetgever eenigszins breedsprakig in art. 646 § 2 bepaalt.

Ad 4um. Omtrent incidenteele vonnissen stelt de wet geen regel. Het ligt in den aard der zaak dat, als het vonnis op de hoofdzaak voor hooger beroep niet vatbaar is, dit evenmin met de incidenteele vonnissen het geval kan zijn. En zoo zullen ze ook aan hooger beroep onderworpen zijn, als de hoofdzaak dit is. De wet onderstelt het dan ook, door ten aanzien van preparatoire vonnissen te bepalen dat het

beroep niet dan gelijktijdig met het beroep van het eindvonnis kan geschieden, dus vervalt, als dit laatste voor hooger beroep niet vatbaar is. Art. 336. En evenzoo door, ten aanzien van de interlocutoire vonnissen en vonnissen op eene provisie te bepalen, dat daarvan het hooger beroep kan worden ingesteld, vóórdat het eindvonnis geslagen is. De juistheid mijner onderstelling wordt bevestigd door de bijzondere bepaling, welke omtrent vonnissen over bevoegdheid in art. 333 voorkomt. Als daar toch als eene bijzonderheid wordt bepaald, dat geschillen over onbevoegdheid voor hooger beroep vatbaar zijn, niettegenstaande de rechter over de hoofdzaak in het hoogste ressort zou kunnen uitspraak doen, dan ligt daarin wel opgesloten, dat in den regel het hooger beroep van incidenteele vonnissen afhankelijk is daarvan dat de hoofdzaak voor hooger beroep vatbaar is. Voorts leidt de bepaling van art. 100 tot hetzelfde besluit. Immers dáár wordt de kennisneming van een geschil omtrent echtheid of valschheid in geschrifte, indien het zich bij den Kantonrechter mocht voordoen, aan dezen onttrokken en aan de Rechtbank opgedragen. Zoo heeft de zg. ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen, al is zij een incident, een eigen rechter en deze is niet afhankelijk van de vraag voor wien de hoofdzaak behandeld wordt, maar voor wien de gewraakte handeling werd verricht. Hieruit en uit de omstandigheid dat zij eene hoofdvordering is, met opzicht tot den procureur tegen wien zij wordt ingesteld, moet volgen dat de vatbaarheid voor hooger beroep door haar eigen aard wordt bepaald. Zie het verschil van gevoelen hieromtrent tusschen de fransche schrijvers bij de Paepe Etudes sur la compétence civile I, Et. 5, n⁰. 36, met wiens besluit ik het eens ben, al zie ik geen reden om aan die zg. ontkentenis enz., het karakter van een incident te ontzeggen. Rechtsg. Magazijn 1894, bl. 261 vv. De beslissing over het incident dat uit eene wraking eens rechters ontstaat is voor hooger beroep niet vatbaar. Art. 42. De rechtsweigering kan een incident doen ontstaan, doch heeft, als tegen den buiten het geding tusschen partijen staanden rechter gericht en aan 't oordeel van een anderen rechter te onderwerpen, art. 846, tevens het karakter van eene hoofdvordering. Doch het hooger beroep wordt ook hier in het aangeh. art. 846 uitgesloten. Van gelijken aard zijn de jurisdictiegeschillen, doch van deze is het hooger beroep, zij het tengevolge van eene anomalie, alleen toegelaten in de gevallen, voorzien in art. 65 R. O.

Ad 5um. Al moge aan de bepaling van art. 156 der Grondwet met het oog op hare geschiedenis eene beperktere strekking kunnen worden toegekend, zoo laat het zich toch heel goed verklaren dat hare historische aanleiding den Grondwetgever eene algemeene bepaling deed neerschrijven. In ieder geval is het voorschrift van art. 333 B. R. een uitvloeisel van het beginsel dat vóór alles den rechtzoekenden moet worden gewaarborgd de kennisneming, immers de beslissing van tegen hen ingestelde vorderingen door den hun bij de wet toegekenden rechter. En dit geldt niet alleen van de volstrekte bevoegdheid die uit haren aard van openbare orde is, het geldt ook van de betrekkelijke bevoegdheid. Want zoodra de belanghebbende partij zich op 's rechters betrekkelijke onbevoegdheid beroept, wordt ook daarbij de openbare orde betrokken geacht. Immers, zonder onderscheid te maken tusschen de volstrekte en de betrekkelijke bevoegdheid, wil de wetgever dat het Openbaar Ministerie over de exceptie wegens onbevoegdheid van den rechter worde gehoord. Art. 324 n°. 3. Het kan dan ook geen verwondering wekken dat de wetgever, na het hooger beroep als regel te hebben aangenomen, de geschillen over onbevoegdheid voor hooger beroep vatbaar heeft verklaard, ofschoon de rechter wiens bevoegdheid betwist wordt, in het hoogste ressort mocht kunnen kennis nemen van de ingestelde vordering. Dat hij daarmede, met voorbijgang van de bij de wet op de rechterl. org. gegeven voorschriften over bevoegdheid, het middel van hooger beroep buiten de door deze gestelde grenzen zou hebben uitgebreid (Toelichting t. h. Ontwerp 1865, uitg. Belinfante, blz. 181) acht ik niet juist; doch, al ware 't zoo, daarin zou op zich zelf nog geen bezwaar gelegen zijn. Iets anders is het, dat men in art. 333 eene te strenge toepassing van de leer omtrent de bevoegdheid kan zien. Men kan meenen dat die in het belang eener goede rechtspraak, welke rechtspraak van daartoe onbevoegde rechters niet toelaat, niet gevorderd wordt, omdat er op andere wijze voldoende in kan worden voorzien.

Daar toch door uitsluiting van hooger beroep cassatie toegelaten blijft, vervalt het bezwaar, kan men zeggen, om het hooger beroep bij geschillen over onbevoegdheid afhankelijk te stellen van de vatbaarheid voor hooger beroep van de geschillen over de hoofdzaak. Zelfs zou de consequentie dit vorderen in het stelsel dat de exceptie van onbevoegdheid met de verwering op de hoofdzaak vereenigd wil hebben. Wanneer toch bij zoodanige vereeniging van middelen, de

rechter de exceptie van onbevoegdheid ongegrond acht en alzoo zijne bevoegdheid aannemende de hoofdzaak beslist en de hoogere rechter hem onbevoegd verklaart, dan zal de hoofdzaak opnieuw doch nu bij den bevoegden rechter gebracht worden. De door de wet niet voor hooger beroep vatbare zaak zal dan voor de tweede maal door een rechter van denzelfden rang (Kantonrechter) ook wel door een hoogeren (Arrondissements-rechtbank) behandeld worden, eene behandeling van de niet voor hooger beroep vatbare zaak, die feitelijk ontzaglijk veel op een hooger beroep zal gelijken. Zóó consequent is evenwel de wetgever bij zijne partieele herziening van 1896 niet geweest, dat hij dit gevolg heeft voorkomen. Bij het streven naar eene beweerde vereenvoudiging door vereeniging van alle middelen, schijnt aan de kostbaarheid van eene herhaalde behandeling, waarom de wetgever het appèl uitsloot, niet gedacht. Art. 333 toch bleef behouden.

Stellen wij ons de onderscheiden gevallen voor die zich hier kunnen voordoen. De verweerder stelt de onbevoegdheid des rechters voor en vereenigt daarmede zijne andere verweermiddelen. De rechter verwerpt de onbevoegdheid en beslist de hoofdzaak in het nadeel des verweerders. De verweerder komt in hooger beroep, wat de beslissing over de onbevoegdheid betreft. Hij zal tot vernietiging van deze laatste beslissing moeten concludeeren en als gevolg daarvan vernietiging van het vonnis op de hoofdzaak moeten vragen, zonder natuurlijk in eene bestrijding van de merites van het vonnis op de hoofdzaak te treden, want daarmede mag de hoogere rechter zich niet inlaten, dewijl de hoofdzaak voor h. beroep niet vatbaar is. En de gedaagde in hooger beroep zal de bevoegdheid des eersten rechters verdedigende, tot bevestiging van de daaromtrent gegeven beslissing concludeeren en dientengevolge, in tegenstelling met des eischers conclusie, de instandhouding van het vonnis op de hoofdzaak vragen Verwijzing van partijen daar waar 't behoort mag de hoogere rechter voor den klank in zijn vonnis opnemen, wanneer hij 's eersten rechters onbevoegdheid uitspreekt, maar de eischer in hooger beroep heeft geen reden dat te verlangen. Hij mag het zeker wel lijden dat de eischer in eersten aanleg, nadat de eerste rechter onbevoegd verklaard zal zijn en dientengevolge het vonnis op de hoofdzaak is vernietigd, het daarbij late verblijven; hij behoeft geen aansporing voor zijne tegenpartij te vragen om het proces opnieuw te beginnen

Heeft soms de verweerder in eersten aanleg als eenig verweermiddel

de exceptie van onbevoegdheid voorgesteld en verklaarde de rechter zich bevoegd, dan wordt hij geacht niets meer te zeggen gehad te hebben en kan hij op de hoofdzaak al dadelijk in het ongelijk gesteld worden. Komt hij van de beslissing betreffende de bevoegdheid in hooger beroep met goed gevolg, en wordt alzoo ook het vonnis op de hoofdzaak vernietigd, dan zal hij, opnieuw en nu voor den bevoegden rechter aangesproken wordende, van de andere verweermiddelen, die hij mocht hebben, gebruik kunnen maken, daar alles wat voor den onbevoegden rechter plaats had, als niet geschied is te beschouwen.

Sprak de eerste rechter zijne onbevoegdheid uit dan zal, indien de verweerder zich tot de exceptie van onbevoegdheid bepaalde, de eischer natuurlijk wel de vordering zelve voor den eersten rechter hebben toegelicht, doch een vonnis verkreeg hij niet en, kwam hij van de beslissing in hooger beroep, de hoogere rechter zal, hem gelijk gevende en den eersten rechter bevoegd verklarende, de hoofdzaak moeten verwijzen, doch ook indien hij de zaak verwees naar een anderen rechter dan voor wien zij eerst werd aanhangig gemaakt, zal hij het voortprocedeeren op de hoofdzaak gelasten, maar voor den verweerder blijven alle verweermiddelen verwerkt.

Ad 6$^{um.}$ In den regel zijn bij verstek gewezen vonnissen van de zijde des veroordeelden niet vatbaar voor hooger beroep. Al werd de bij verstek veroordeelde in het ongelijk gesteld, hij is dit niet definitief en het is de vraag of hij, indien hij verschenen ware en zijne verwering aan het oordeel des rechters hadde onderworpen, wel in het ongelijk gesteld zou zijn. Ook zou hij door op die wijze zich aan den eersten aanleg te onttrekken, aan de tegenpartij den waarborg van een herhaald contradictoir debat ontnemen. Onze wetgever herstelde door aan den bij verstek veroordeelden gedaagde het beroep te ontzeggen (art. 335) den romeinschen regel: „contumax non appellat", overeenkomstig de vroegere fransche ordonnantie bepaaldelijk die van VILLERS-COTTERET 1539, art. 28. Anders was het evenwel naar de ordonnantie van 1667, welke een bepaalden termijn voor het verzet vaststelde en na verloop daarvan hooger beroep toeliet. En de Code de pr. volgde haar voorbeeld in art. 455 j^{0} 443. Dus in de eerste plaats verzet, en hooger beroep eerst dan wanneer de termijn van verzet voorbij was. In de oud-hollandsche praktijk

goldt het „contumax non appellat" als regel volgens VAN DER LINDEN Jud. Practycq, I blz. 333 (§ 7).

Intusschen ondergaat de regel welke het hooger beroep tegen vonnissen bij verstek uitsluit, vooreerst eene beperking voor het geval dat, overeenkomstig art. 79 § 2 de zaak als op tegenspraak is beslist, niettegenstaande eene of andere der gezamenlijk in het geding betrokken partijen niet verscheen. Deze heeft nu geen verzet omdat de zaak niet als verstek werd behandeld en heeft daarom, ofschoon hij in eersten aanleg niet verscheen, hooger beroep onder de nadere in art. 79 gemaakte bepalingen.

Ten andere maakt de wet eene uitzondering voor het geval de eischer, niettegenstaande een tegen den gedaagde verleend verstek, geheel of gedeeltelijk in het ongelijk gesteld werd en hij van dat vonnis in hooger beroep komt. De gedaagde had in het eerste geval geen reden tot verzet, maar mag nu in hooger beroep van alle hem ten dienste staande verweermiddelen gebruik maken, terwijl hij, werd de eischer slechts gedeeltelijk in het ongelijk gesteld, zijnerzijds, en daarin bestaat de uitzondering, incidenteel hooger beroep kan instellen. Art. 335 § 2.

ad 7um. Zie het Kon. Besluit van 28 September 1850, *Stbl.* n°. 63, houdende vaststelling van een reglement betreffende het hooger beroep aan den Hoogen Raad der Nederlanden van de arresten in burgerlijke zaken in eersten aanleg gewezen door het Hooggerechtshof van Nederlandsch Indië, in verband met art. 91 n° 2 R. O. en de wet van 4 April 1869 *Stbl.* n°. 36, tot voorloopige regeling der regtsmagt van den Hoogen Raad der Nederlanden in West-Indische koloniale zaken, in verband met het daarin aangehaald Kon. Besluit van 11 Januari 1840, *Stbl.* n°. 1.

Ten aanzien van het hooger beroep van arresten door het Hooggerechtshof in Ned. Indië gewezen dient opgemerkt:

1°. dat het beperkt is tot niet zakelijke en geene belasting of pachten betreffende vorderingen (dus tot persoonlijke en gemengde (?) vorderingen) waarvan het onderwerp niet blijkt een waarde te hebben van *f* 10.000 of minder waarin (waarmede?) de Gouverneur-Generaal en waarmede de Regeering van Ned. Indië als vertegenwoordigende den lande, wordt aangesproken. De Gouverneur-Generaal en de Regeering van N. I. genieten ten aanzien van vorderingen boven de *f* 10.000

en ook beneden dat bedrag een gelijksoortig forum privilegiatum als de Koning en de leden van het Koninklijk Huis en de Staat krachtens de Grondwet en de wet op de R. O. tot aan de wet van 1893 *Stbl.* n°. 93 gehad hebben. Het Hooggerechtshof is evenwel bevoegd zijne voor hooger beroep vatbare arresten steeds voorloopig uitvoerbaar te verklaren met of zonder cautie. Art. 159 en 160 Regl. op de R. O. en het beleid der justitie in Ned. Indië.

2°. het Reglement van 1850 dat, op het voorbeeld van ons Wetb. v. B. R., in eene eerste afdeeling handelt over de zaken aan hooger beroep onderworpen, bevat in art. 6 eene bepaling geheel gelijkluidend aan het bij de wet van 1896 ingetrokken art. 338 zoodat, al wordt, in het in de derde afdeeling: van de rechtspleging in hooger beroep, voorkomende 16e artikel, de wijze van procedeeren toepasselijk verklaard, welke in hooger beroep bij het wetboek van burgerl. rechtsv. is voorgeschreven, dat artikel 6 daarnaast blijft bestaan. In de hier besproken Ned. Indische zaken zullen dus de middelen van niet-ontvankelijkheid in hooger beroep afgescheiden van de hoofdzaak moeten worden voorgedragen.

3°. verdienen opmerking de bepalingen van art. 17, volgens welke het Hooggerechtshof, aan hetwelk door den Hoogen Raad een getuigenverhoor wordt opgedragen, dit voor een daartoe benoemden Raadsheer-Commissaris kan doen houden, wat met de veranderingen in onze Rechtsvordering gemaakt niet in strijd is en hier geen bezwaar kan hebben, omdat de Hooge Raad toch naar een proces-verbaal over de verklaringen der getuigen zal moeten oordeelen. Voorts worden de gewraakte getuigen en deskundigen in Indië wel gehoord, maar de wraking zelve door den Hoogen Raad beslist. Wordt dan de wraking aangenomen, dan blijven de verklaringen der gewraakte getuigen of de berichten der gewraakte deskundigen buiten het geding.

Het Reglement wegens het hooger beroep aan den Hoogen Raad van vonnissen in burgerlijke zaken gewezen door het Gerechtshof van Suriname, hetwelk voorloopig werd gehandhaafd bij de wet van 4 April 1869, sluit zich in zijn opschrift aan bij de terminologie van art. 91, n°. 2 der wet op de R. O., waarvan het een uitvloeisel is, door van vonnissen te spreken, en zoo wordt ook in art. 1 § 3 van de zaken, waarin het Hof in Suriname in het hoogste ressort recht spreekt, gezegd dat het in die zaken „zal wijzen bij arrest." De uitspraken van het Hooggerechtshof van N.-Indië

heeten altijd arresten, evenals die van den H. Raad naar art. 90 R. O.

Volgens art. 1 § 2 van het Reglement 1840 wordt het beroep alleen toegelaten in zaken welker onderwerp de waarde van duizend Nederlandsche guldens (*f* 1000), interessen of proceskosten daaronder niet gerekend, te boven gaat.

Er wordt geen onderscheid gemaakt tusschen persoonlijke, zakelijke en gemengde rechtsvorderingen. Op alle rechtsvorderingen zal alzoo het vermelde bedrag van *f* 1000 toepasselijk zijn. Indien de waarde in inkomsten is aangewezen zal het bedrag daarvan wel met 20 tot kapitaal moet worden gebracht èn naar aanleiding van art. 54 3° R. O. èn om het bedrag der wettelijke interessen.

Deze bepalingen gelden, volgens art. 2 der wet van 1869, ook voor het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao, terwijl ook daarop het reglement van 1840, behoudens enkele wijzigingen, toepasselijk wordt verklaard. De straks over dat Reglement gemaakte opmerkingen gelden dus ook met opzicht tot het hooger beroep van de vonnissen door het Hof van Curaçao in eersten aanleg onder hooger beroep gewezen.

Bevoegde rechter. Ten aanzien van den bevoegden rechter in hooger beroep geldt de regel, dat daartoe aangewezen wordt de hoogere rechter tot wiens rechtsgebied de rechter, die in eersten aanleg heeft gevonnist, behoort. Zoo nemen de Arrondissementsrechtbanken in hooger beroep kennis van de vonnissen door de tot hun rechtsgebied behoorende Kantonrechters gewezen, de Gerechtshoven van de vonnissen der Arrondissementsrechtbanken behoorende tot hun rechtsgebied, de Hooge Raad van de arresten der Gerechtshoven. Het ware niet overbodig geweest, indien de wetgever in art. 54, n°. 5 R. O. had gesproken van de kantonrechters van hun rechtsgebied, toch kan de bedoeling geen andere zijn. Dat het zoo is, vloeit ook voort uit de regeling van het rechtsgebied der rechtbanken, waartoe bepaalde kantongerechten gebracht worden, gelijk tot dat der Hoven bepaalde arrondissementen (en daarmede arrondissements-rechtbanken) worden gebracht. Zie art. 60 R. O. naar de wet van 10 November 1875, n°. 204 en de wetten van 9 April 1877, n°. 74—78. Zoo wordt ook, bij de regeling van de rechtsmacht der Gerechtshoven in hooger beroep, in art. 66 R. O. met zoovele woorden van de Arrondissementsrechtbanken binnen hun rechtsgebied gesproken. Verg. ook art. 358 B. R. Het geldt dus bij de opdracht van de rechtsmacht in hooger beroep niet eene distributie

maar eene attributie van rechtsmacht, uitsluitend betreffende de vonnissen van bepaalde kantongerechten, en bepaald aangewezen rechtbanken. Deze regeling is alzoo van openbare orde, die niet daarin haren grond vindt, dat de inrichting van de rechterlijke colleges van gelijken rang die in hooger beroep rechtspreken eene verschillende is, maar alleen in eene noodzakelijk geachte handhaving van het bepaald aangewezen rechtsgebied en als maatregel van orde.

De rechtspraak van den Hoogen Raad in hooger beroep, ook die betreffende vonnissen door de Hoven van Justitie in de koloniën of overzeesche bezittingen gewezen, wordt bij art. 91 R. O. opgedragen.

De regel dat het hooger beroep wordt gebracht bij dien hoogeren rechter, tot wiens rechtsgebied de rechter, die in eersten aanleg uitspraak deed, behoort, wordt ook op de rechtspraak van den president in kort geding toegepast. Van hem kan toch geen ander dan het Hof de hoogere rechter zijn. Wanneer art. 295 bepaalt dat het beroep wordt gebracht voor h e t Gerechtshof, dan wordt daarmede duidelijk het gerechtshof aangewezen, tot welks rechtsgebied de rechtbank van den president behoort, en dat met deze opdracht ieder ander Hof volstrekt wordt uitgesloten, behoeft geen betoog.

Wat aangaat de rechtspraak in hooger beroep van vonnissen door scheidsmannen gewezen, zoo zal het hooger beroep, indien dit kon worden en werd voorbehouden (art. 646), moeten worden gebracht bij de Arrondissements-rechtbank, ter welker griffie de minuut der beslissing, volgens art. 639, is neergelegd, indien de zaak bij den Kantonrechter had moeten dienen; bij het Gerechtshof tot welks rechtsgebied die Arrondissements-rechtbank behoort, bij welke de zaak in eersten aanleg had gebracht moeten worden. Er ontstaat hier eenige moeilijkheid, doordien de wetgever in art. 647, in tegenstelling van de scheidsmannen, spreekt van d e n g e w o n e n r e c h t e r en onder deze uitdrukking, ook in dezen titel, bijv. in art. 633, de Arrondissements-rechtbank moet worden verstaan en voorts doordien met opzicht tot incidenten geene verwijzing naar den Kantonrechter, maar altijd naar de Rechtbank plaats heeft, al zou de zaak zelve tot de bevoegdheid van den Kantonrechter behooren. Art. 635. Toch is het duidelijk dat in 647 de uitdrukking: g e w o n e r e c h t e r, ruimer genomen moet worden en dat daarmede eene tegenstelling gemaakt wordt tusschen de rechtspraak van scheidsmannen (door de bijzondere

personen benoemde rechters) en die van de van staatswege aangestelde (eigenlijke, gewone) rechters. Zoo moet dan ook de Kantonrechter onder den hier bedoelden gewonen rechter worden begrepen. Ware uitsluitend de Arrondissements-rechtbank bedoeld, de wetgever hadde niet gesproken, had althans niet moeten spreken van ter plaatse waar enz. maar van de rechtbank ter welker griffie de minuut is nedergelegd.

§ 159. DE BEVOEGDHEID OM IN HET HOOGER BEROEP OP TE TREDEN.

Partijen alleen bevoegd.

Het hooger beroep kan alleen worden ingesteld door en tegen hen die partij zijn geweest in het geding in eersten aanleg. Niet altijd zijn deze personen feitelijk dezelfde die in eersten aanleg optraden. Verandering in hun staat kan ten gevolge hebben dat anderen in hunne plaats komen.

Wie in de plaats treden.

In de plaats van een overledene partij komen hare erfgenamen. Meerderjarigheid en opheffing van curateele hebben de optreding van de personen zelve in de plaats van hunne vertegenwoordigers ten gevolge, gelijk ondercurateelestelling en faillissement het optreden van den curator in de plaats van den persoon zelven ten gevolge hebben.

Ook bij de rechtspersonen blijft verandering in de personen der in rechte opgetreden bestuurders niet altijd zonder invloed.

Nederlanderschap.

Het verlies van Nederlanderschap kan ten gevolge hebben, dat van een appellant zekerheidstelling wordt gevorderd.

Erfgenamen. De rechtsvordering tot echtscheiding, en ook die tot scheiding van tafel en bed, vervallen indien een der (beide) echtgenooten vóór de uitspraak is overleden. Art. 275 en 301 B. W. Hieruit volgt, dat indien een der echtgenooten nà de uitspraak sterft, van hooger beroep geen sprake meer kan zijn. Vermits de rechtsvordering niet op de erfgenamen overgaat, kunnen de erfgenamen van den echtgenoot die de echtscheiding vroeg, tegen het hem in het ongelijk stellend vonnis niet opkomen. Ook leidt de ratio van art. 275 tot hetzelfde besluit, daar ook nu de dood de echtscheiding overbodig maakt. En zoo vervalt eveneens de bevoegdheid om in hooger beroep te komen tegen de erfgenamen van den anderen echtgenoot tegen welken de eisch werd afgewezen. Werd de eisch toegewezen, dan kan geen hooger beroep worden ingesteld tegen de erf-

genamen van de in het gelijk gestelde partij, omdat de rechtsvordering niet op hen is overgegaan en de erfgenamen van de in het ongelijk gestelde partij, tegen welke de eisch werd toegewezen, kunnen de herstelling van den huwelijksband met een overledene niet vorderen. De echtscheiding heeft dus, ofschoon het vonnis ten aanzien van de partijen zelve voor beroep vatbaar was, door het in eersten aanleg gewezen vonnis haar beslag gekregen. Tegen de inschrijving van de echtscheiding ter voldoening van art. 276 jo. 48 B. W. bestaat geen bezwaar. Van het vervallen van het vonnis door den dood van een der partijen zegt de wet niets.

Van andere vorderingen wordt de overgang op de erfgenamen niet uitgesloten en, al volgt de erfgenaam in het door den erflater nagelaten vermogen op, dit belet niet dat ook de rechtsvorderingen betreffende den staat op de erfgenamen overgaan en zelfs door dezen kunnen worden ingesteld. Zie artt. 311—314 B. W. Daarmede is hun ook het hooger beroep van vonnissen op de hierbedoelde vorderingen gewezen toegekend.

Wanneer eene partij, hetzij nà de uitspraak van het vonnis, hetzij vóór die uitspraak, is overleden en dit overlijden geen schorsing van het geding heeft ten gevolge gehad, hetzij omdat het geding in staat van wijzen was, hetzij omdat het overlijden niet als oorzaak van schorsing beteekend werd (art. 255 § 2 jo. 254 no. 1. art. 256 § 1), dan kunnen wel niet anders dan de erfgenamen in hooger beroep komen of zal het beroep tegen hen moeten worden ingesteld. In dit laatste geval kan natuurlijk de bepaling van art. 4 no. 6 in toepassing worden gebracht. Maar de partij die in hooger beroep komt, behoort zich van den toestand der tegenpartij te vergewissen en zou, door eenvoudig de partij zelve met welke zij in eersten aanleg gedingvoerde in hooger beroep te dagvaarden, van het gevolg van het beroep verstoken kunnen raken. En dit geldt ook, indien het vonnis ten name van den overledene werd uitgesproken, doordien er geen schorsing van het geding had plaats gehad.

Wettelijke vertegenwoordiging. Wanneer een partij in eersten aanleg door een wettelijken vertegenwoordiger, voogd of curator, is opgetreden, en zij van die vertegenwoordiging door meerderjarigwording of opheffing van curateele is ontheven, dan zal zij in hooger beroep zelf moeten optreden. Dit maakt geen zwarigheid wanneer zij zelf in hooger beroep wil komen, maar de tegenpartij zal in

hooger beroep haar zelve in persoon moeten dagvaarden, al heeft de meerderjarigwording of opheffing van curateele geen aanleiding tot schorsing gegeven en het vonnis, in dit geval, evenals wanneer zij nà de uitspraak plaats vonden, tegen den vertegenwoordiger in die hoedanigheid gewezen werd. Bij de dagvaarding in hooger beroep zal alzoo de tegenpartij op de verandering in den staat hebben te letten. Immers zou de voogd of curator ten onrechte geroepen op de exceptie dat hij de hoedanigheid niet heeft, van de instantie ontslagen moeten worden en dan kon de termijn om de partij in persoon nog te kunnen dagvaarden, licht verstreken zijn. Omgekeerd zal hij die in eersten aanleg in persoon optrad en sedert onder curateele werd gesteld, in hooger beroep moeten gedagvaard worden in den persoon van zijn curator.

Ten aanzien van gefailleerden volgt uit de bepaling van art. 25 § 1 der faillissementswet, dat ook in hooger beroep de curator optreedt in gedingen over rechten of verplichtingen tot den boedel behoorende.

Wat rechtspersonen betreft, deze treden door hunne bestuurders op en wanneer deze in eersten aanleg met name vermeld worden, dan zullen, bij verandering in de personen der bestuurders, de nieuwe met name vermeld moeten worden, zoowel wanneer zij als gedaagden worden geroepen als wanneer zij als eischers in hooger beroep optreden. Verg. Dl. II, bl. 12v.

De zwarigheden die hier kunnen ontstaan, zijn niet aan den bijzonderen aard der rechtspersonen, maar aan de onvoldoende regeling van hun verschijnen in rechte in de wet te danken. Verg. Dl. II, bl. 12 v.

Voor den Burgemeester, die voor de gemeente, en den Commissaris der Koningin, die namens Gedeputeerde Staten voor de provincie optreedt, geldt hetzelfde. Hunne namen en voornamen moeten wel om art. 5. n°. 2 vermeld worden. Bij verandering in den persoon van den titularis zal het hooger beroep door den nieuwen titularis met name moeten worden ingesteld en hij evenzoo moeten worden gedagvaard. Het eerste kan praktisch in het geheel geen bezwaar opleveren, het laatste nauwelijks, omdat de verandering in den persoon dezer ambtenaren van publieke notorieteit mag geacht worden te zijn. Daarom is, wat art. 5, n°. 2 hier medebrengt, nog niet goed te keuren. Verg. Dl. II, t. a. p.

De machtiging, welke de gemeente en de Gedeputeerde Staten behoeven tot het voeren van het geding, behoeft niet afzonderlijk voor het hooger beroep te worden verleend. Zij kan in eens verleend worden voor het voeren van het geding in alle instanties. Verg. OPPENHEIM, Gemeenterecht, bl. 392.

Van de zekerheidstelling maak ik hier melding, omdat de verplichting daartoe eene belemmering in het procesvoeren voor den vreemdeling doet ontstaan. Daar evenwel de oorspronkelijk gedaagde daartoe niet gehouden is, wanneer hij eischer wordt in hooger beroep en van den gedaagde in hooger beroep evenmin zekerheidstelling kan worden gevorderd, kan het ontstaan van de verplichting tot zekerheidstelling in hooger beroep alleen voorkomen, wanneer de eischer als Nederlander het geding in eersten aanleg aanvangende, daarna vreemdeling wordt en dan van het in zijn nadeel gewezen vonnis in hooger beroep komt. De wet ter uitvoering van het traktaat in verband met de wet van 31 December 1897, Stbl. n°. 275, waarbij het werd goedgekeurd, zal de toepassing der zekerheidsstelling, ook in het op zichzelf reeds weinig voorkomende hier bedoelde geval zeer beperken. Zij zal wel niet anders kunnen bepalen dan wat uit het traktaat zelf voortvloeit, dat de verplichting tot zekerheidstelling voor vreemdelingen alleen bestaat „voorzoover niet bij verdrag met een anderen staat gesloten, hieromtrent anders mocht zijn bedongen." Zie art. IV dier wet. Zie verder § 164 sub V.

Zij die door voeging of tusschenkomst als partij in een tusschen anderen gevoerd geding zijn opgetreden, zijn, evenals de tot vrijwaring geroepenen, tot het instellen van hooger beroep bevoegd. Tusschenkomende partijen.

Ik blijf bij de onderscheiding tusschen voeging en tusschenkomst, zooals ik die aangaf in Dl III 2e dr. blz. 34 v., en nader ontwikkelde in Rechtsgeleerd Magazijn XVI (1897) blz. 44 vv. Ik merk alleen op, dat terwijl ik dáár, op gezag van MERULA eenerzijds en VAN DER LINDEN anderzijds, als met toepassing van het „probatis extremis probantur media", meende te mogen stellen dat onze oudhollandsche praktijk buiten den invloed was gebleven van de, in het duitsche en fransche proces opgenomen, aan de Romeinen onbekende, interventie (t. a. p. blz. 47), dit niet juist schijnt, in zoover als althans bijv. GROTIUS in zijne Isagoge Lib. VI. cap. 2, na twee soorten

van voeging (de romeinsche interventie) te hebben vermeld (§ § 18 en 19) daarop in § 20 laat volgen: „Quod tamen locum non habet in ea adjunctione quae a tertio opponente fit: is enim tertius, in causis primae instantiae, suum tantum interesse prosequitur, et neutri litigantium ad rem in iudicium deductam, sed sibi soli, ius competere dicit." Hier wordt blijkbaar de in het duitsche en fransche proces opgenomen, de aan de Romeinen in dien vorm onbekende, interventie beschreven.

Hooger beroep van de bij wijze van eigenlijke tusschenkomst in den eersten aanleg opgetreden partij. Dat deze partij die, door voor een eigen recht tegen beide hoofdpartijen te strijden, eene geheel zelfstandige positie innam, ook zelfstandig in hooger beroep kan komen, lijdt geen twijfel. Zoo goed als de hoofdpartijen werd zij door hare tusschenkomst partij (art 332) in het door haar tegen de beide anderen gevoerd geding, die tegelijker tijd den door hen aangevangen strijd voortzetten. Zij stelt natuurlijk haar beroep in tegen de beide oorspronkelijke of hoofdpartijen in het geding. Werd dan de tusschenkomende partij in het ongelijk gesteld, dan zal van de oorspronkelijke partijen de eene tegenover de andere in het ongelijk gesteld zijn. Deze zal, als zij evenals hare tegenpartij door de tusschengekomene in hooger beroep werd gedagvaard, het hooger beroep dat zij zelve tegen het vonnis zou willen instellen, bij incidenteel beroep kunnen doen gelden. Zij heeft toch niemand meer te dagvaarden, daar ook de partij die oorspronkelijk hare tegenpartij was, reeds gedagvaard is. Werd de tusschengekomen partij in het gelijk gesteld, en werd alzoo de gedaagde in het oorspronkelijk geding jegens haar veroordeeld, terwijl de oorspronkelijke eischer werd veroordeeld om die veroordeeling van den gedaagde (niet jegens hem maar jegens de tusschengekomene) te gehengen en te gedoogen, dan zal zoowel de eene als de andere der oorspronkelijke partijen zich over het vonnis te beklagen kunnen hebben. Beide kunnen dan ieder zelfstandig voor zich in hooger beroep komen. Komt de eischer in hooger beroep, hij zal zoowel den oorspronkelijken gedaagde als de tusschengekomen partij hebben te dagvaarden om den gedaagde alsnog jegens hem zelven veroordeeld te krijgen en diens veroordeeling jegens de tusschengekomene te doen vernietigen. Komt de gedaagde in hooger beroep, hij zal alleen de tusschengekomen partijen hebben te dagvaarden, dewijl hij jegens deze alleen veroordeeld, van de aanspraak des oorspronkelijken eischers

werd ontslagen. Deze oorspr. eischer zal dan op zich zelf in hooger beroep moeten komen. Hij zal beide partijen moeten dagvaarden en de beide gedingen zullen in hooger beroep moeten worden gevoegd. Om de hieruit ontstaande complicatie te voorkomen, zal de oorspronkelijke eischer ook op nog eenvoudiger wijze zijn recht kunnen handhaven door nu op zijne beurt in hooger beroep tusschen te komen. Langs den weg van tusschenkomst komt hij dan van het vonnis dat hem in het ongelijk stelde in hooger beroep. Het komt mij voor dat zelfs zij die de tusschenkomst voor het eerst in hooger beroep niet toelaten, er in dit geval geen bezwaar tegen kunnen hebben, daar toch het hooger beroep aan den oorspronkelijken eischer niet kan worden ontzegd en het bezwaar louter formeel, om niet te zeggen gezocht, ja zelfs chicaneus zou zijn!

Hooger beroep van de in eersten aanleg gevoegde partij. Een gevoegde partij zal, wanneer eene der hoofdpartijen van het vonnis in hooger beroep komt, in hooger beroep moeten worden gedagvaard. Al staat het haar vrij om van hare voeging in hooger beroep af te zien en alzoo hare deelneming aan den strijd te laten varen, zij werd in eersten aanleg tot die deelneming toegelaten en zoowel degene aan wiens zijde zij zich plaatste, als de andere partij moeten haar als deelgenoote in den strijd erkennen en in de gelegenheid stellen, die deelneming voort te zetten. Zal zij evenwel, als de partij bij welke zij zich gevoegd heeft, in het ongelijk gesteld werd en niet in beroep komt, zelve in hooger beroep kunnen komen? Wel te onderscheiden van deze vraag is die andere of eene partij die zich in eersten aanleg niet voegde van het middel van hooger beroep gebruik kan maken om zich alsnog te voegen? Deze laatste vraag zal ik bij de behandeling van de voeging en tusschenkomst als incident voor het eerst in hooger beroep beantwoorden (Zie § 164 sub III). Op beide vragen wees ik, als in 't voorbijgaan, in Dl. III, § 82, bl. 67 en gaf door de wijze, waarop ik dit deed, licht tot misverstand aanleiding. Ik verbeterde later de onduidelijkheid in mijne verhandeling over het werk van DE PAEPE, Etudes sur la compétence civile in Rechtsgeleerd Magazijn Dl. X (1894) bl. 281 v. En zoo meende ik dan de vraag, of een gevoegde partij zelfstandig in hooger beroep kan komen, wanneer hare hoofdpartij dit niet doet, bevestigend te moeten beantwoorden. Wanneer de wet in art 332 aan partijen de bevoegdheid toekent om in hooger beroep te komen

dan is daaronder ook de gevoegde p a r t ij begrepen. In art. 285 worden de gevoegde of tusschenkomende belanghebbenden wel niet met name als partijen aangeduid, maar die qualificatie volgt toch daaruit duidelijk genoeg; in art. 152 worden zij ook als partijen behandeld, en in art. 376 wordt hun de hoedanigheid van partij gegeven. In het algemeen kan hun derhalve de bevoegdheid om in hooger beroep te komen toegekend zijn. Toch zoude het eigenaardig karakter van g e v o e g d e partij met de toekenning van die bevoegdheid in strijd kunnen zijn en zoo meende ik, in Rechtsgeleerd Magazijn t. a. p. bl. 282, te moeten onderscheiden, en de bevoegdheid van de gevoegde partij om zelfstandig in hooger beroep te komen alleen te moeten toekennen aan die gevoegde partij, aan welke met het c a u s a e a d e s s e ook het c a u s a m a g e r e toekomt. Hierin ligt een terugslag op de onderscheiding, welke ik meende op het voorbeeld van de Civilprozessordnung § 66 in verband met § 64 ook voor ons recht te kunnen aannemen en eene meerdere zelfstandigheid, met name het c a u s a m a g e r e, aan de gevoegde partij te moeten toekennen en haar als mede-eischer of medegedaagde, „Streitgenosse", te kunnen beschouwen: „insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniss des Nebenintervenienten von Wirksamheit ist." Hiertoe wordt dan, naar de toelichting, het geval gebracht dat een legataris als gevoegde partij optreedt in een tusschen de erfgenamen gevoerd geding over de geldigheid van het testament, in tegenstelling van het geval dat de gevoegde partij als zoodanig optreedt, omdat de veroordeelde hoofdpartij op hem verhaal zou kunnen nemen. Bij nader inzien komt mij de onderscheiding, zooals die door den duitschen wetgever gemaakt wordt, onaannemelijk voor. Zij heeft in hare formuleering en in verband met de toelichting daarvan gegeven te veel onzekerheid (Verg. o.a. WACH, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I, § 58.). Ook is zij niet van dien aard, dat zij geacht mag worden inhaerent te zijn aan de instelling, zooals die bij ons in de wet, zonder nadere ontwikkeling, is opgenomen en daardoor erkend, te minder omdat aan het c a u s a m a g e r e eene beteekenis wordt gegeven, die m. i. niet strookt met de beteekenis die daaraan in de bronnen wordt toegekend.

De voeging heeft, in overeenstemming met de romeinsche interventio, de strekking dat een derde belanghebbende in een tusschen anderen gevoerd geding opkomt, ten einde eene der partijen in hare verde-

diging bij te staan en door haar recht te verdedigen tevens haar eigen belang te bevorderen of ook eene anders mogelijke verwaarloozing of verkorting van haar belang tegen te gaan. Zoolang de gevoegde partij niet anders doet dan met hare handelingen de overwinning van de zaak harer hoofdpartij te bevorderen, ligt hierin, naar de romeinsche opvatting, alleen een causae adesse geen causum agere. Dit laatste wordt eerst het geval, wanneer de gevoegde partij in het handelen of niet handelen eene collusie of ook een verzuim ten haren nadeele ontdekkende tegen dat handelen of niet handelen opkomt „.... et hodie hoc iure utimur ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem qui de testamento cognoscit si suspicantur non ex fide heredem causam agere. l. 14 § 1 D. de appellationibus 49, 1, l. 5 § 1—4 eod. l. 29 pr. de inofficioso testamento 5, 2. Wanneer nu l. 5 pr. hetzelfde zegt van de fideiussores, van borgen alzoo die recht van verhaal hebben op een van de partijen in het geding: „item fideiussores pro eo pro quo intervenerunt" waarop dan volgt: „igitur et venditoris fidejussor emtore victo appellabit" (i. q. causam aget), dan blijkt daaruit, dunkt mij, dat daarbij geen onderscheid wordt gemaakt tusschen den legataris en den tot verhaal gerechtigde, maar dat aan beide om dezelfde reden het recht tot causam agere wordt toegekend en leveren deze pandektenplaatsen allerminst grond op om tusschen beiden onderscheid te maken, met het oog op den onderscheiden invloed, welken het vonnis tusschen de hoofdpartijen op de rechtsbetrekking van een en ander dier gevoegde partijen zou hebben. En inderdaad, indien er al verschil mocht bestaan in den invloed, welken het vonnis op de hoofdzaak op die tweeërlei rechtsbetrekking zou hebben, staat die invloed toch in dit opzicht gelijk, dat het vonnis op de hoofdzaak in het een zoowel als in het andere geval een middellijken invloed op de rechtsbetrekking der gevoegde partij uitoefent. Verg. Dl. III, bl. 60. Immers, wanneer bij een vonnis tusschen den erfgenaam bij versterf en die krachtens testament, de nietigheid van den uitersten wil werd uitgesproken, dan staat die nietigheid vast, de testamentaire erfgenaam verliest deze zijn hoedanigheid, is verplicht de nalatenschap aan den erfgenaam bij versterf uit te keeren, en op grond van die feiten is de legataris verstoken van de mogelijkheid om zijn beweerd recht te handhaven. En zoo zal ook, waar een borg veroordeeld werd, diens recht op den hoofdschuldenaar zijn uitgemaakt, voorzoover dit van den betalingsplicht van dien borg afhankelijk is. De legataris

zou, evenals de hoofdschuldenaar, door zich in de hoofdzaak te voegen, alle handelingen hebben mogen en kunnen verrichten, welke zouden kunnen strekken om aan den testamentairen erfgenaam tegenover den erfgenaam bij versterf, den borg tegenover den hoofdschuldenaar de overwinning te verschaffen. Beide zullen ook zelfstandig mogen optreden, causam agere, wanneer er collusie of verzuim door de hoofdpartij gepleegd mocht worden, maar voor geen van beiden bestaat er reden, om den een eer dan den ander op grond daarvan tot strijdgenoot der hoofdpartij te maken. Het causae adesse geeft dus tot causam agere aanleiding. Maar, terwijl dit laatste op grond van collusie of verzuim plaats heeft dus op die wijze in een causam agere tegen beide partijen kan overgaan en er gevallen kunnen zijn, dat zelfs het causae adesse met het oog op collusie of verzuim plaats heeft, een vereischte tot voeging is collusie of verzuim niet. Bij ons komt eene aan de voeging zeer nauw verbonden tusschenkomst, ofschoon toch de eerste op den voorgrond staat, vooral uit bij het recht van tusschenkomst aan de schuldeischers van den man in het geding tot scheiding van goederen toegekend. Zie Dl. III, 2e dr., bl. 61 v. Dat in dit causam agere op deze wijze aan het causae adesse verbonden de kiem ligt van wat zich later tot de eigenlijke tusschenkomst als zelfstandige instelling heeft ontwikkeld, is hoogst waarschijnlijk.

Met het oog op deze bijkomende strekking van de voeging zou zij ook moeten worden toegelaten, ingeval de gedaagde verstek liet gaan. Want in dat wegblijven van den gedaagde ligt in ieder geval een verzuim harerzijds, waartegen de tot voeging gerechtigde belanghebbende ook in dit geval moet kunnen opkomen. Ondersteuning in den strijd is zeker niet mogelijk, omdat er geen strijd wordt gevoerd; maar ondersteuning is niet het eenige wat de partij doen mag. Ik moet dan ook erkennen dat de bezwaren, die ik daartegen deed gelden, Dl. III, bl. 68, meer van formeelen aard zijn, dan van materieelen en dat het Hof van Amsterdam, bij arrest van 30 April 1891, W. 6165, tegen het bezwaar ontleend aan art. 85, welks woorden „een geding hangende tusschen andere partijen" mijn bezwaar schijnen te steunen, terecht kon opmerken, dat de partij, die verstek liet gaan, ook partij heet. Ook door het Hof van Amsterdam, 30 Oct. 1894, W. 6638 wordt interventie in verstekzaken toegelaten. Met het motief dat interventie een recht is, dat door de houding van andere partijen volgens algemeene rechtsbeginselen niet

kan worden ontnomen, bepaald niet door den wil van eene der partijen, vereenig ik mij niet. Zeker kan een derde mij mijn recht niet ontnemen en geen twijfel of niet de algemeene rechtsbeginselen uitgedrukt in het „alterum non laedere" en suum cuique tribuere" daaraan in den weg staan. Maar met zulke algemeene rechtsbeginselen bewijst men niets, zoolang niet vaststaat, dat er een recht bestaat, wat hier juist de vraag is. Is dat eens bewezen, dan kan men die algemeene rechtsbeginselen missen. Op de wijze als zij in 't aangehaald vonnis worden gebruikt, en dat is bij ons rechtsgeleerden niet ongewoon, worden het gevaarlijke wapenen, die tot onrecht aanleiding kunnen geven. Toch wijst hun gebruik ook wel eens op een rechtsg e v o e l, dat zich nog niet door een rechts g r o n d te rechtvaardigen weet. Intusschen blijft het bezwaar, ontleend aan de wijze waarop de voeging moet plaats hebben, en dit is er door de herziening van 1896 niet minder op geworden. Al wilde art. 286 (oud) afschrift van het verzoekschrift beteekend hebben aan de g e k o z e n woonplaats van p a r t ij e n, men kon desnoods tot toelating van voeging ook in verstekzaken, op materieel procesrechtelijken grond, gezind zijn te zeggen, dat daaraan niet anders kon worden voldaan dan v o o r z o o v e r w o o n p l a a t s g e k o z e n w a s, dus niet aan die van de niet verschenen gedaagde, en dan nog eene beteekening aan de werkelijke woonplaats als een blijk aannemen dat alles gedaan was wat gedaan kon worden; maar wat zal de tot voeging gezinde partij nu aanvangen, als de eischer dadelijk conclusie neemt (art. 77)? dan is de l a a t s t e c o n c l u s i e genomen en de bevoegdheid om zich te voegen voor uitoefening niet meer vatbaar. Klaarblijkelijk heeft men, bij de herziening van 1896, alleen er aan gedacht om de artt. 286—288 formeel in overeenstemming te brengen met de afschaffing van het onderscheid in summiere en gewone behandeling der zaken. De gevolgen achtte men niet noodig na te gaan; als 't niet goed liep, dan zat de fout in de bestaande wet. Dit is bij deze herziening eene leidende gedachte geweest. Misschien zal men eens met goeden uitslag kunnen beweren, dat het in verstekzaken niet zeker is, of die conclusie des eischers wel de laatste zal zijn, daar immers altijd nog de gedaagde, zoolang het vonnis ten profijte van het verstek nog niet gewezen is, verschijnen kan en conclusie nemen. (art. 89*a*).

De gevoegde partij zal alzoo, zonder dat het onderscheid mag gemaakt worden, dat ik in het Rechtsgeleerd Magazijn 1894, bl. 282 wilde in acht genomen zien, van het vonnis waarbij hare hoofdpartij,

in het ongelijk gesteld werd, zelfstandig in hooger beroep mogen komen en daartoe die hoofdpartij, zoowel als de tegenpartij moeten dagvaarden. En wil de hoofdpartij aan het geding in hooger beroep geen deel nemen, zij mag stilzitten, maar kan de gevoegde partij niet beletten om het verhandelde in eersten aanleg aan het oordeel des hoogeren rechters te onderwerpen. Had de gevoegde partij de handeling der hoofdpartij reeds in eersten aanleg op grond van collusie (of verzuim) bestreden en werd zij daarop in het ongelijk gesteld, dan zal zij als eene tusschenkomende partij zelfstandig in hooger beroep komen tegen beide partijen.

Eene in vrijwaring geroepene is of partij in het geding tot vrijwaring of tevens gevoegde partij in het hoofdgeding. Ook kan zij de zaak van den gedaagde hebben overgenomen. De eene of de andere omstandigheid zal de wijze van optreden der in vrijwaring geroepene partij in hooger beroep bepalen, doch altijd is zij als partij tot hooger beroep bevoegd.

§ 160. BIJZONDERE VEREISCHTEN TOT HET HOOGER BEROEP.

Vereischten. Het hooger beroep is gebonden 1° aan een termijn binnen welken het moet, 2°. aan een termijn binnen welken het niet mag ingesteld worden; 3°. vervalt het voor hem die in het vonnis berust; 4° is het in een bijzonder geval afhankelijk van eene voorafgaande voldoening aan het vonnis.

Termijn binnen welken. I. De termijn binnen welken het hooger beroep moet worden ingesteld is in den regel: van drie maanden, te rekenen van den dag waarop het vonnis is uitgesproken. Art. 339 § 1.

Bij overlijden van de in het ongelijk gestelde partij, gedurende den loop van den termijn, kan het hooger beroep door hare erfgenamen of rechtverkrijgenden nog worden ingesteld binnen drie maanden na dat overlijden, of zoo de erfgenamen van het recht van beraad gebruik maken, binnen ééne maand na afloop van den daarvoor gestelden termijn. Art. 341.

De termijn is niet toepasselijk op het incidenteel beroep. Art. 339 § 2.

Kort geding. Ten aanzien van uitspraken in kort geding is de termijn veertien dagen. Art. 295 § 2.

Het beroep van een preparatoir vonnis is afhankelijk van en gebonden aan het beroep van het eindvonnis. De termijn van het beroep van een preparatoir vonnis is alzoo die van het eindvonnis. art. 336. Preparatoire vonnissen.

Interlocutoire en incidenteele vonnissen hebben hun eigen termijn van beroep in zoover als daarvan beroep kan worden ingesteld vóór dat het eindvonnis werd gewezen. Dit vervalt door de verklaring des rechters dat het beroep van het interlocutoir of incidenteel vonnis niet dan tegelijk met dat van het eindvonnis mag worden ingesteld. art. 337 § 2. Wordt het beroep tegelijk met dat van het eindvonnis ingesteld, dan is het aan dèn termijn van beroep van het eindvonnis gebonden. Interlocutoire en incidenteele vonnissen.

Het hooger beroep van een vonnis op een provisioneele vordering gewezen, kan worden ingesteld voordat het eindvonnis is gewezen, doch ook tegelijk met het beroep van het eindvonnis. art. 337 § 1. Provisien.

II. Binnen de eerste acht dagen na de uitspraak mag geen hooger beroep worden ingesteld. De nietinachtneming van dit voorschrift heeft niet-ontvankelijkverklaring van den appellant ten gevolge. Hij kan evenwel het beroep op nieuw instellen, indien de daarvoor bepaalde termijn niet verstreken is. Termijn binnen welken niet.

Gedurende die acht dagen mag het vonnis dan ook niet tenuitvoergelegd worden. Is het vonnis evenwel bij voorraad uitvoerbaar verklaard, dan kan ook het beroep binnen de acht dagen ingesteld worden, art. 342.

III. De partij die van een vonnis in hooger beroep wil komen moet niet in dat vonnis hebben berust. Door berusting wordt het hooger beroep niet ontvankelijk. art. 334. Berusting doet vervallen.

Niet echter voor elke partij, want de partij die in het vonnis heeft berust, wordt niet verstoken van de bevoegdheid om incidenteel in beroep te komen. art. 339 § 2.

IV. Wanneer een vonnis overeenkomstig artikel 79 § 2 als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd, nadat aanvankelijk tegen een of meer niet verschenen gedaagden verstek werd verleend, dan is de bij de herhaalde behandeling niet verschenen partij niet bevoegd om tegen dat als op tegenspraak gewezen vonnis in verzet te komen. Indien dit Hooger beroep van vonnissen als op tegenspraak gewezen.

vonnis evenwel voor hooger beroep vatbaar is, kan die niet verschenen partij in hooger beroep komen, mits zij vooraf aan het vonnis voldoe tegen het stellen van zekerheid. Zij is tot die voldoening aan het vonnis verplicht, al ware dit niet bij voorraad uitvoerbaar verklaard. Art. 335 § 2.

Ad I en II. Termijnen.

Het middel van hooger beroep is aan tweeërlei termijn gebonden: 1° een termijn na verloop van welken het niet meer ingesteld kan worden; 2° een termijn binnen welken het niet mag worden ingesteld.

Op het voorbeeld van den C. d .pr. was in 1838 ook in ons Wetboek de aanvang van den termijn afhankelijk gesteld van de beteekening van het vonnis. Op zich zelf geen onredelijke bepaling. Wanneer de eischer gelijk heeft gekregen, zal hij 't in zijn belang achten de tenuitvoerlegging van het hem voordeelig vonnis te bevorderen. De beteekening daarvan is eene vermaning aan den veroordeelde dat tot die tenuitvoerlegging zal worden overgegaan, en hij zal ter voorkoming daarvan in hooger beroep moeten komen of voldoen. De beteekening stelt hem door het afschrift van het vonnis, dat daarbij afgegeven werd, in de gelegenheid om daarvan behoorlijk kennis te nemen. De beteekening is bovendien een duidelijke herinnering aan den aanvang van den termijn. Werd evenwel de gedaagde in 't gelijk gesteld, dan bestaat voor dezen minder aanleiding om door beteekening tot hooger beroep uittelokken doch, terwijl dan de termijn niet loopt, loopt hij gevaar, langen tijd nadat het vonnis des eersten rechters hem gelijk gaf, tot hervatting van het proces opgeroepen te worden. Ook kan voor den eischer, die gelijk kreeg, de noodzakelijkheid der beteekening wel eens een bezwaar opleveren, als hij wegens onvermogen des veroordeelde tot tenuitvoerlegging niet zou willen overgaan. Hij die den inhoud van het vonnis nader wil overwegen, kan tot de kennis daarvan wel langs anderen weg geraken en zich zelven die kennis verschaffen. Zoo gaf het hooger beroep, door den termijn van drie maanden met de beteekening te doen aanvangen, tot eene bedenkelijke verlenging van den duur der gedingen aanleiding. De fransche wetgever zocht in 1862 verbetering in verkorting van den termijn van drie tot twee maanden. Met afschaffing van de beteekening deed onze wetgever, bij de wet van 1896 no. 203, den termijn van drie maanden aanvangen met den dag der uitspraak. De praktizijns zullen er nu aan moeten wennen om

dien dag der uitspraak te gedenken en dàn is drie maanden niet te lang, als men bedenkt dat binnen acht dagen na de uitspraak niet geappelleerd mag worden en dat er altijd eenige tijd moet verloopen voordat men een afschrift van het vonnis ter griffie heeft verkregen, wat men voor het hooger beroep zeker ook in het vervolg noodig zal hebben. Verg. het Ontwerp van 1865 art. 11 van den aang. titel.

Ik zeide dat de wet den termijn van drie maanden thans doet aanvangen met den dag der uitspraak. De wet zegt in art. 339 „te rekenen van den dag der uitspraak." Het is duidelijk dat die termijn korter of langer zal zijn, naarmate de maanden welke in den termijn vallen meer of minder dagen zullen hebben. Zal de dag van de uitspraak meêtellen en zal de dag, waarop in hooger beroep wordt gekomen, meetellen? „Dies termini non computatur in termino." Ja, dien regel past de wetgever toe in art. 8 en in verband daarmede spreekt hij ook wel van vrije dagen. Maar als bij een in den regel korten termijn van dagen die uitbreiding voor de hand scheen te liggen, we hebben hier in den regel met maanden te doen en van vrije maanden wordt hier niet gesproken. Is evenwel de bepaling van art. 8 inderdaad niet algemeener dan zij wel lijkt in verband met de dagvaardingen, welke een dag tegen welken gedagvaard wordt onderstellen, en niet, althans in den regel niet binnen een bepaalden termijn moeten gedaan worden, (zie ook § 2 van art. 8) terwijl dit bij beteekeningen wel het geval is? Deze laatste moeten of moesten veelal in het hier besproken geval, binnen een zekeren termijn gedaan worden. Daarop kon dus ook art. 8 eerste lid niet anders van toepassing zijn dan door den termijn te rekenen tusschen den dag voor den aanvang bepaald en den dag der beteekening en alzoo moet de appellant, al is er geen beteekening meer noodig voor het doen loopen van den termijn, drie maanden voor het appèl vrij hebben. Wanneer alzoo een vonnis op 31 Januari wordt uitgesproken, dan zouden de maanden Februari, Maart en April den appellant vrij toekomende, het op 1 Mei ingestelde hooger beroep nog ontvankelijk moeten zijn. Naar het gestelde voorbeeld zou 21 April de laatste dag zijn voor het hooger beroep van een op 20 Januari gewezen vonnis. Zal ook niet, waar uit het laten verloopen van den termijn besloten wordt tot den wil om niet te appelleeren, de vraag, of van dien wil op den bekwamen tijd bleek, niet in geval van twijfel in den voor den appellant gunstigen zin moeten worden beantwoord?

Bij de uitspraken van den president in kort geding is de termijn tot 14 dagen beperkt. De onverwijlde voorziening welke hier wordt vereischt is de reden van deze uitzondering. Daarom kan het hooger beroep ook onmiddellijk na de uitspraak ingesteld worden. art. 295. Neemt men in aanmerking dat het hier voorzieningen bij voorraad geldt, die geen nadeel toebrengen aan de zaak ten principale (art. 292), d. w. z. ten opzichte van de hoofdzaak geen vooroordeel inhouden, dan bestond er, dunkt mij, reden om het hooger beroep van deze beslissingen uit te sluiten, evengoed als bijv. de rechtbanken zonder hooger beroep over bezitrechtelijke vorderingen uitspraak doen.

Behalve deze uitzondering komen er nog andere voor. Zoo in art. 487, hetwelk voor het hooger beroep van uitspraken over geschillen betreffende de rangregeling bij executie op roerende goederen den termijn bepaalt op 14 dagen na de uitspraak (vroeger tien dagen na beteekening van het vonnis). In art. 513 wordt het hooger beroep van een vonnis betreffende een geschil over den rang tusschen schuldeischers die beslag op onroerend goed vervolgen, uitgesloten na verloop van acht dagen na de uitspraak. Zoo is ook de termijn voor het beroep van eene uitspraak, betreffende het niet vermeld zijn der formaliteiten bij een tenuitvoerlegging op onroerend goed van acht dagen sedert de uitspraak. art. 533. Voorts is de termijn voor het beroep van eene revindicatie van onroerend goed tegen een inbeslagneming, 14 dagen na de uitspraak, art. 542; voor het beroep van een vonnis, betreffende de rangregeling bij executie van onroerend goed eveneens 14 dagen na de uitspraak, art. 558. Dezelfde termijn geldt, volgens art. 803, voor het hooger beroep van vonnissen betreffende opheffing van stuiting van een huwelijk. Bij een vonnis van failietverklaring is de termijn van beroep evenals bij het vonnis op het verzet tegen eene failietverklaring gewezen, drie dagen na den dag der uitspraak. Eene afwijzing van eene faillietverklaring laat hooger beroep toe gedurende acht dagen na den dag dier afwijzing, art. 8 en 9 der faillissementswet. Eene beschikking over de homologatie van accoord is eveneens gedurende acht dagen, na den dag waarop zij gegeven werd, voor hooger beroep vatbaar. Van al deze uitzonderingen ligt de reden voor de hand. Opmerking verdient alleen, dat in sommige gevallen de termijn reeds in 1838 van den dag der uitspraak gerekend werd.

Dat voor erfgenamen der in het ongelijk gestelde partij de termijn van hooger beroep niet loopt van den dag der uitspraak, maar van den dag van het overlijden, indien dit gedurende den loop van den termijn plaats heeft en dat, zoo zij van het recht van beraad gebruik maken, hun nog een termijn van eene maand gegund wordt na afloop van den voor het beraad gestelden termijn, is terecht in art. 341 bepaald. De bepaling werd aldus gewijzigd nu van eene beteekening aan de gezamenlijke erfgenamen ten sterfhuize geen sprake meer kan zijn, en dat de drie maanden, welke, volgens het oude artikel, na den afloop van den termijn van beraad werden gegund tot ééne maand werden ingekort, is zeker goed te keuren. Maar hoe zal het gaan, als de in 't ongelijk gestelde partij reeds in den loop van 't geding in eersten aanleg overleed en er geen schorsing van het geding om dat overlijden heeft plaats gehad? Wil men de erfgenamen dan niet plaatsen tusschen het dilemma om van het hooger beroep af te zien of door hooger beroep in te stellen het recht van beraad te verliezen, dan moet men de slotbepaling van art. 341 wel bij analogie toepassen, of de erfgenamen zullen tot het instellen van hooger beroep, overeenkomstig art. 1073 B.W., machtiging van den rechter moeten vragen. Maar zal, wanneer de erfgenamen niet van het voorrecht van beraad gebruik maken, voor hen de termijn van drie maanden na de uitspraak wel niet te kort kunnen blijken? Naar de oude wet werden zij, als zij niet aan het geding hadden deelgenomen, altijd gewaarschuwd door de beteekening.

Het hooger beroep wordt door den wetgever alleen binnen den daarvoor gestelden termijn toegekend. De bevoegdheid daartoe staat en valt alzoo met het verloop van den termijn. Van verjaring is geen sprake, het verloopen van den termijn brengt verval van het recht mede. „Ces délais emporteront déchéance" zegt de C. de pr. met zoovele woorden in art. 444 en ons art. 340 zeide het niet minder duidelijk, waar het bepaalde dat na verloop van den termijn geen beroep meer kan plaats hebben. Het was dan ook te verklaren, deels uit de herinnering aan de Ord. van 1667, welke het dubbel van den termijn aan gemeenten, godshuizen, kerken, enz. toekende, deels uit eene herinnering aan de verjaring, welke ten bate van minderjarigen geschorst wordt, dat nog verder uitdrukkelijk in art. 444 C. de pr. werd bepaald dat de termijn tegen alle partijen loopt. Maar vooral verklaart zich dit voorschrift daaruit, dat het tot inleiding strekte van de bepaling, dat de termijn niet loopt tegen

den minderjarige die geen handlichting bekomen heeft, dan van den dag waarop het vonnis aan den voogd zal zijn beteekend. Dit was op zichzelf niets bijzonders, omdat de minderjarige door zijn voogd in het geding staat. Maar de bepaling van art. 444 C. de pr., waaraan onze wetgever de bepaling van art. 340 (oud) ontleende, had vooral daarin hare beteekenis, dat de beteekening van het vonnis ook moest geschieden aan den toezienden voogd, en daarom voegde de fransche wetgever er bij „encore que ce dernier n'ait pas été en cause". Toen onze wetgever deze pointe van de bepaling wegliet, sprak het wel van zelf, dat de termijn niet aanving, dan met de beteekening van het vonnis aan den voogd, en zoo kon dit voorschrift wel vervallen toen de noodzakelijkheid van de beteekening in het geheel werd opgeheven. Denkt men aan het geval dat het vonnis tegen den vader eens minderjarigen werd gewezen en de voogdij eerst daarna openviel, dan ware eene schorsing van den termijn ten behoeve van den minderjarige zelven van belang, doch daarin voorziet art. 341, door aan de erfgenamen van eene overleden, in het ongelijk gestelde partij toe te staan, binnen drie maanden na het overlijden of binnen eene maand na afloop van den termijn van beraad alsnog in hooger beroep te komen. De na de uitspraak van het vonnie optredende voogd heeft alzoo tijd genoeg om te overwegen, of het al dan niet in het belang van den minderjarige zijn zal om in hooger beroep te komen. De bepaling ten aanzien van het recht van beraad is geheel in overeenstemming met art. 1072 B. W. en 159 § 2 (oud) B. R. (Verg. art. 141 nieuw). De bepaling van art. 341 is evenwel niet toepasselijk op den termijn van 14 dagen voor het hooger beroep van de uitspraken in kort geding. De verlenging van den termijn wordt daar niet overgenomen noch toepasselijk verklaard en de zoo korte termijn zelf en de reden daarvoor, sluiten de toepasselijkheid uit. Het gevolg is, dat het instellen van hooger beroep in dit geval onder de handelingen in art. 1079 B. W. bedoeld moet gebracht worden. Dit geldt van alle die kortere termijnen van verval, waarop ik hierboven wees. Evenmin als in artt. 340 en 341 (oud) is in het tegenwoordig art. 341 voorzien in het belang van uit den echt of van tafel en bed of van goederen gescheiden vrouwen, noch in andere gevallen, in welke volgens art. 254 schorsing van een geding kan plaats hebben en die nu, èn naar den inhoud van art. 254 en naar art. 341, tot schorsing of verlenging van den termijn van hooger beroep geen grond kunnen geven. Dat daaraan iets hapert is duidelijk.

Kon nù art. 340 § 3 gevoegelijk worden geschrapt en zou men ook § 2 van dat artikel niet missen als 't er niet stond, iets anders moet van art. 340 § 1 gezegd worden, waarin gelijk ik opmerkte, de termijn van beroep zoo duidelijk tot een termijn van verval (déchéance) werd gestempeld. Immers nu ook die § werd ingetrokken, ontstaat de vraag, of het verval van het hooger beroep al of niet ambtshalve door den rechter moet worden uitgesproken. Het is zeker eene onhoudbare, meer naar eene uitvlucht gelijkende redeneering, van Mrs. HARTOGH en COSMAN, op art. 340 no. 2, bl. 133, dat uit de intrekking van art. 340 § 1 geen grond voor de beslissing der gestelde vraag mag geput worden, omdat die intrekking om gansch andere redenen plaats had. Het is toch niet te ontkennen dat met de intrekking der bepaling vervalt een zeer afdoende grond, welken zij voor de ambtshalve toepassing van het verval opleverde.

Verder evenwel dan te erkennen dat er voor twijfel grond bestaat, ga ik niet. Voor mij zelven twijfel ik niet. Al moge de wetgever in het algemeen het hooger beroep noodzakelijk achten en de toelating daarvan als regel vooropstellen, het kon hem niet ontgaan dat het zijne bezwaren heeft, doordien het de onzekerheid omtrent de rechtsbetrekkingen waarover geschil, doet voortduren en de processen kostbaarder maakt. Daarom werd de bevoegdheid om in hooger beroep te komen aan een termijn gebonden en is zij alleen gegeven mits er binnen den termijn gebruik van gemaakt worde. Daarom heeft dan ook de beslissing der vraag met de lijdelijkheid des rechters niets uit te staan en de vraag, of de termijn de publieke orde raakt is uitgemaakt, als de wetgever zegt dat na verloop van den termijn geen beroep meer kan plaats hebben. Doch ditzelfde ligt, gelijk ik zeide, in de toekenning der bevoegdheid met gebondenheid aan een termijn opgesloten. Dergelijke bepalingen, het wordt bij de toepassing der voorschriften omtrent de rechtsvordering maar al te dikwijls uit het oog verloren, spreken niet alleen tot partijen, maar ook tot den rechter, met wiens medewerking de partijen de orde herstellen in hunne rechtsbetrekkingen langs den in de wet aangewezen weg van rechte. Daarom ware ook eene bepaling, waarbij veroorloofd werd van het beroep op den verloopen termijn afstand te doen, hier noodzakelijk, veel meer dan bij de verjaring. De verjaring, die om de onzekerheid ten aanzien van het bestaan van een recht verder onderzoek afsnijdt, moet niet beletten dat een recht omtrent welks bestaan niettemin zekerheid be-

staat, erkend worde. De wet moet, waar zij kan, voorkomen dat het summum ius summa iniuria worde. Maar kan zelfs de ruimst opgevatte loyauteit meebrengen, dat van het beroep op een verloopen termijn van appèl worde afstand gedaan? Misschien tusschen de procureurs, maar tusschen de partijen zeker niet.

De vraag, of wij, bij het al of niet gedaan beroep op den verloopen termijn, met een grond dan wel met een middel van verdediging te doen hebben, is er m. i. geene, voor wie het onderscheid tusschen grond en middel kent. Verg. HARTOGH en COSMAN t. a. p.

Tegen het fatale karakter van den termijn kon, tegenover de vroegere bepalingen van art. 339 en 340, die dit duidelijk deden uitkomen, alleen worden geargumenteerd uit art. 338, hetwelk nu vervallen is, doch dat evenmin een beletsel behoefde op te leveren om het fatale karakter aan te nemen, als het niet belette dat de rechter zijne onbevoegdheid om in appèl te oordeelen ambtshalve uitsprak. Toch is bij ons het fatale karakter van den termijn, vooral op grond van art. 338 bestreden. Zie OUDEMAN II, bl. 23 en 24.

In Frankrijk is ook het fatale karakter van den termijn wel bestreden, doch vrij algemeen door schrijvers en jurisprudentie aangenomen. Zie GARSONNET § 949 nt. 8 en 9. De Civilprozessordnung draagt in § 477 (thans 516) uitdrukkelijk aan den rechter op de niet-ontvankelijkheid van het beroep op grond van het verloopen van den termijn uit te spreken. Anders denkt over de hier behandelde vraag Mr. v. ROSSEM op art. 339 n. 6.

Dat het den gedaagde in hooger beroep vrijstaat, incidenteel in beroep te komen, ook na afloop van den termijn, ligt wel daarin, dat het incidenteel beroep afhankelijk is van het instellen van een principaal beroep en dat het niet in de macht der andere partij moet staan om, door zoo laat mogelijk in hooger beroep te komen, den gedaagde de gelegenheid te benemen om incidenteel te appelleeren.

Beroep van preparatoire, interlocutoire en andere incidenteele vonnissen en van provisioneele vonnissen.

De onderscheiding van de vonnissen in praeparatoire, interlocutoire en definitieve, door den wetgever gemaakt in art. 46, waarvan ik melding maakte in Dl. II, § 70, bl. 175, heeft onder anderen hare gevolgen bij het hooger beroep in de artt. 336 en 337 aangegeven. Het hooger beroep van een preparatoir vonnis is afhankelijk van

dat van het eindvonnis, het hooger beroep van interlocutoire, incidenteele en provisioneele vonnissen heeft een meer zelfstandig bestaan. Terwijl een preparatoir vonnis geen invloed heeft op de beslissing van de hoofdzaak en dus op zichzelf geen nadeel toebrengt aan eene der partijen, zou het hooger beroep daarvan niet anders dan vertraging in de afdoening van de zaak te weeg brengen. Mocht het niet juist zijn gewezen, dit kan gereedelijk bij de beoordeeling van de beslissing der hoofdzaak worden uitgemaakt. Het lot van het praeparatoir vonnis is daarom zóó aan dat van het vonnis op de hoofdzaak gebonden, dat niet anders dan gelijktijdig met het eindvonnis daarvan mag worden geappelleerd. Het kan daarom gezegd worden, krachtens de wet alleen, bij voorraad uitvoerbaar te zijn.

Anders is het met de interlocutoire vonnissen. Aangezien deze op de beslissing van de zaak zelve van invloed kunnen zijn, daar de rechter als hij een bewijs beveelt, daarmede te kennen geeft dat hij, indien het bewijs der te bewijzen gestelde feiten geleverd wordt, in het voordeel van hem aan wien het bewijs wordt opgelegd, uitspraak zal doen, zoo kan het voor de tegenpartij van belang zijn om al dadelijk te trachten het in dit interlocutoir vonnis gelegen vooroordeel uit den weg te ruimen. Het staat hem daarom vrij van dat vonnis dadelijk, nog voor dat het eindvonnis wordt gewezen, in hooger beroep te komen. Daaruit volgt niet, dat het interlocutoir vonnis den rechter in dien zin bindt, dat hij bij het eindvonnis niet meer zou kunnen overwegen, dat de eindbeslissing van het al of niet bewezen zijn der feiten niet afhankelijk is. Maar altijd blijft de waarschijnlijkheid, dat hij er zich wél aan zal houden, het grootst en daarom ook het belang voor de tegenpartij om het interlocutoir vernietigd te krijgen. Dat belang kan ook daarin bestaan, dat de partij, het bevolen bewijsmiddel niet toegelaten achtende volgens de wet, de haar onnoodig voorkomende verwikkeling der procedure vermeden wil hebben. Maar vooral kan het van belang zijn voor eene partij, aan wie bijv. geen ander middel van bewijs dan dat door getuigen ten dienste staat en die tot aanwending van dit bewijsmiddel niet werd toegelaten. Want ofschoon art. 46 in de definitie alleen spreekt van een vonnis, waarbij een bewijsmiddel wordt bevolen en art. 337 § 1 bij de provisioneele vonnissen uitdrukkelijk zegt, waarbij een provisie wordt toegestaan of geweigerd, ligt daarin geen grond om in art. 337 § 2 onder de interlocutoire niet te begrijpen die vonnissen, waarbij het leveren van een bewijs werd ge-

weigerd. Het had evenwel gezegd mogen worden. Verg. Ontwerp B. II tit. 4, art. 5 § 2.

Wat van de interlocutoire vonnissen geldt, is ook op provisiën van toepassing gemaakt. Art. 337 § 1 (vroeger § 2). Bij de uitgebreide beteekenis welke door de fransche schrijvers aan de provisiën wordt toegekend, kan ook uit het provisioneele vonnis een vooroordeel ontstaan en deze opvatting heeft wellicht invloed op de bepaling van art. 337 (art. 451 C. de pr.) uitgeoefend. Anders had de wetgever er evenmin als van de incidenteele vonnissen behoeven te spreken. Bij de beperkte beteekenis, die ik meen, dat naar onze wet aan de provisie moet worden toegekend (Dl. III § 78 bl. 7) is dit minder het geval en had aan de provisioneele vonnissen de geheele onafhankelijkheid van de hoofdzaak kunnen worden gelaten, zooals dit met opzicht tot de andere incidenteele vorderingen moet worden aangenomen.

Wat die andere incidenteele vorderingen betreft, voor zoover daarop niet, overeenkomstig de bijzondere, daarvan in de wet voorkomende regeling, een vonnis gewezen moet worden, en dientengevolge de bepaling van art. 249 onmiddellijk of bij analogie daarop kan worden toegepast, hebben de daarop gewezen vonnissen een van dien op de hoofdzaak onafhankelijken termijn. De in het ongelijk gestelde partij moet derhalve binnen drie maanden na de uitspraak van het incidenteel vonnis daarvan in hooger beroep komen. Of hij tegelijk met het eindvonnis het beroep instellende daarin, wat den termijn betreft, ontvankelijk is, zal daarvan afhangen, of er nog geen drie maanden na de uitspraak van het incidenteel vonnis verloopen zijn.

Wat den termijn van appèl betreft neemt de wet alzoo drieërlei verhouding aan tusschen dien van het incidenteele (dit woord hier in zeer algemeenen zin genomen) vonnis en het eindvonnis in eene zaak gewezen.

Is het incidenteel vonnis een preparatoir vonnis, dan is afzonderlijk hooger beroep daarvan uitgesloten. De termijn van hooger beroep voor dit vonnis is alzoo die voor het eindvonnis bepaald en dientengevolge van drie maanden na de uitspraak van het laatste, en het hooger beroep moet tegelijk met dat van het eindvonnis worden ingesteld. Daar het preparatoir vonnis alzoo, gelijk ik opmerkte, uit kracht van de wet alleen, voor dadelijke tenuitvoerlegging vatbaar is, kan de in het ongelijk gestelde partij, ook zonder zich het hooger beroep voor te behouden, de uitvoering toelaten en daaraan

medewerken. Onmogelijk zou toch mijne berusting in het vonnis kunnen worden afgeleid uit eene uitvoering, waartegen mij geen middel openstond, die ik derhalve moest gedoogen, waartoe ik wel moest medewerken. Art. 336 § 2 bepaalt het ten allen overvloede uitdrukkelijk.

Is het incidenteel vonnis een interlocutoir of een provisioneel vonnis, dan is de in het ongelijk gestelde partij bevoegd om voordat het eindvonnis wordt gewezen, daarvan in beroep te komen, maar hij kan dat beroep ook tot dat van het eindvonnis uitstellen. Kiest hij het eerste, dan is hij aan den termijn van drie maanden gebonden, kiest hij het laatste, dan heeft hij voor het beroep van het interlocutoir den termijn van drie maanden voor dat van het eindvonnis gesteld. De afwijking van art. 339 vloeit uit de bepaling van art. 337 even noodzakelijk voort als uit die van art. 336. De belanghebbende partij kan dan ook gerustelijk aan de uitvoering van het interlocutoir medewerken, zonder zich het hooger beroep daarvan tegelijk met dat van het eindvonnis voor te behouden. Want, ofschoon zij niet als de bij een praeparatoir vonnis in het ongelijk gestelde kan zeggen, dat zij volgens de wet verplicht was het interlocutoir vonnis te laten uitvoeren, zij kan zeggen dat zij hiertoe bevoegd was, omdat haar de bevoegdheid daartoe bij de wet is toegekend en dat het overbodig is eene bij de wet toegekende bevoegdheid uitdrukkelijk voor te behouden. Ik erken dat de wetgever hier eerder aanleiding had om, tot opheffing van allen twijfel, van de niet-noodzakelijkheid van het voorbehoud melding te maken, dan bij de praeparatoire, waar het inderdaad geheel overbodig was. Ook erken ik, dat de twijfel vooral daaruit ontstaat, dat de wetgever er bij de praeparatoire van spreekt; maar om nu uit die overbodige bepaling af te leiden, dat het voorbehoud noodig zou zijn in een geval waar voorbehoud zou kunnen voorgeschreven worden maar van zelf evenmin zou worden vereischt, zulk redeneeren a contrario acht ik ongeoorloofd. Men houde hier vooral in het oog dat de wetgever, na in art. 336 het beroep van het preparatoir vonnis van dat op de hoofdzaak geheel afhankelijk te hebben gemaakt, de vereeniging van het beroep van het interlocutoir met dat van het eindvonnis overlaat aan het goedvinden der in het ongelijk gestelde partij (art. 337 oud.) Deze kan het vooraf doen; zij kan het tegelijk met het eindvonnis doen. De daaruit gemaakte gevolgtrekking vloeït, dunkt mij, natuurlijk en noodzakelijk uit de tegenstelling der bepalingen voort. Het verschil van gevoelen, dat men over het hier besproken

punt bij de schrijvers en in de jurisprudentie zoo in Frankrijk als bij ons aantreft, wekt groote onzekerheid omtrent de toepassing der wet. Dat wanneer het hooger beroep van het interlocutoir tegelijk met het eindvonnis ingesteld wordt, dit ontvankelijk is, al zijn er meer dan drie maanden na de uitspraak van het interlocutoir verloopen en dat dus die termijn voor het interlocutoir alleen geldt, als het beroep afzonderlijk wordt ingesteld, heeft de Hooge Raad herhaaldelijk beslist. Zeker wordt de juistheid van dit gevoelen versterkt door het nuttigheidsargument, dat anders de bevoegdheid om het hooger beroep uit te stellen, dikwijls weinig zou beteekenen, maar ik stel dit niet op den voorgrond. Wat de noodzakelijkheid van het voorbehoud betreft bij medewerking aan de uitvoering, deze wordt vrij algemeen in onze jurisprudentie aangenomen. Ik zou mij deze alleen kunnen voorstellen, wanneer iemand meende daarmede de bevoegdheid om afzonderlijk en vóór het eindvonnis het hooger beroep van het interlocutoir voor te behouden, maar ik zou zoodanig voorbehoud dan als eene protestatio actui contraria afwijzen. Om de bevoegdheid tot het hooger beroep tegelijk met het eindvonnis voor te behouden, acht ik eene uitdrukkelijke verklaring om boven aangegeven reden niet noodig, maar, met het oog op de jurisprudentie, uit voorzichtigheid alleszins aan te raden. Men redeneert gewoonlijk aldus: de partij mocht in hooger beroep komen, zij deed dit niet, maar voert daarentegen het vonnis zonder voorbehoud uit; zou 't nu niet eene zonderlinge tegenstrijdigheid zijn, als zij later wilde opkomen tegen eene beslissing die zij vrijwillig uitvoerde en waarin zij dus berustte? De praemisse is onvolledig. Zeker, de partij m o c h t, maar zij b e h o e f d e n i e t; zij had de keus reeds dadelijk in hooger beroep te komen of dit later te doen. Als zij 't nu niet dadelijk doet, is dit dan een bewijs dat zij het later ook niet doen wil? Mijns inziens veeleer daarvan dat zij het tweede alternatief koos. Berusting mag niet worden afgeleid uit eene handeling, welke niet noodzakelijk daarvan het uitvloeisel is. De fransche jurisprudentie is ook gevestigd in dien zin dat de uitvoering van een interlocutoir zonder voorbehoud berusting medebrengt. Zie GARSONNET § 1216, No. 29 (V, p. 899). Men zie over het geschilpunt OUDEMAN II, bl. 8 en de aangeh. en verg. in den zin mijner uitlegging de daar ook aangehaalde verhandeling van Mr. J. G. A. FABER in de Nederl. Jaarb. van DEN TEX en VAN HALL XII (1849) bl. 659.

Is eindelijk het incidenteel vonnis n o c h p r a e p a r a t o i r n o c h

interlocutoir noch provisioneel, dan geldt, bij gebreke van bijzondere bepaling, de termijn van drie maanden na de uitspraak van het incidenteel vonnis en derhalve zal het instellen van het hooger beroep voor het behoud van dat recht meerendeels noodzakelijk zijn.

Die noodzakelijkheid is evenwel, evenals de bevoegdheid bij het interlocutoir, aanmerkelijk beperkt door de bij de herziening van 1896 ingevoerde nieuwigheid thans in het tweede lid van art. 337 geformuleerd. Zonder zich om de onzekerheid, waarin de toepassing van artt. 336 en 337 verkeert, te bekommeren, voor welker opheffing de Ontwerper van 1865 een goed voorbeeld gaf, (Zie Ontw. art. 7, tit. 4, B. III) heeft de wetgever bij de wet van 1896 aan den rechter de bevoegdheid toegekend om in zijn incidenteel of interlocutoir vonnis te verklaren, dat het hooger beroep daarvan niet dan tegelijk met [dat van] het eindvonnis zal kunnen worden ingesteld. In tweeërlei opzicht blijf ik deze nieuwigheid eene singuliere bepaling noemen: 1° omdat de lagere rechter zelf zijne bevoegdheid uitbreidt en den hoogeren rechter tot oordeelen alsnog onbevoegd verklaart; 2° omdat den rechter het oordeel wordt toegekend, in hoever zijn eigen vonnis al of niet geacht mag worden het beweerd recht der in het ongelijk gestelde partij te benadeelen. En hierin ligt niet eene naar het ongerijmde zweemende overdrijving, gelijk Mrs. HARTOGH en COSMON t. a. p. bl. 126 opmerken. Immers het vooroordeel met opzicht tot het eindvonnis uit het interlocutoir ontstaande en dat appellant door het appèl wil trachten te niet te doen, is, wanneer het reeds op het eindvonnis zijn invloed heeft uitgeoefend, niet meer te keeren. Daar komt nog bij dat, door deze nieuwe bepaling, eene uitzondering wordt gemaakt op de overigens al te groote, lijdelijkheid des rechters ten aanzien van de instructie van het proces, en dit in gevallen, waarin hij er niet dan een hoogst bescheiden gebruik van zal mogen maken, omdat hij zich zoo licht aan eene onjuiste waardeering van de bijzondere omstandigheden van een bepaald geval blootstelt. Het doel is obstructionisme tegen te gaan. Maar zal de rechter niet gevaar loopen om in bijzondere gevallen, tegenover pleiters die obstructionisten van professie zijn, en die den vroeger bekenden naam van incidenteurs verdienen, onrechtvaardig obstructie aantenemen en daarentegen schromen obstructionisme aan te nemen bij een pleiter, die daarvan zijn werk niet pleegt te maken, maar daarin toch ook eens geen kwaad meent te moeten zien? De bevoegdheid

hier aan den rechter gegeven is niet op ééne lijn te stellen met de in bepaald aangewezen gevallen hem toegekende bevoegdheid om onder de noodige waarborgen zijn vonnis bij voorraad uitvoerbaar te verklaren. Nog minder kan hier afdoen de voor den rechter uit art. 249 afgeleide bevoegdheid om de hoofdzaak met het incident tegelijk af te doen, omdat hij daartoe niet anders zal kunnen overgaan, dan wanneer ook de hoofdzaak voor hem voldongen is. Verg. art. 2 Ontwerp 1865 tit. II, B. II.

De heeren HARTOGH en COSMAN wagen zich aan de profetie, dat „de tijd zal komen, waarin in beginsel de ondeelbaarheid der instantie zich zal paren aan de nu tot wet verheven ondeelbaarheid der verwering." Het klinkt goed dat „zich paren van de ondeelbaarheid der instantie aan de ondeelbaarheid der verwering" maar eene formule moet meer zijn dan een klank, wil zij op het gebied der wetenschap den toets harer juistheid doorstaan. Ik zie op zichzelf niet veel heil in die uitbreiding van „den doolhof der ondeelbaarheden." Maar kan men van de ondeelbaarheid der verwering spreken, als een verweerder in eersten aanleg bij eene exceptie mag persisteeren en zich zijne verdediging ten principale tot het hooger beroep kan voorbehouden? En die ondeelbaarheid van de instantie, zal zij welig zich ontwikkelen uit de hier in art. 337 § 2 gemaakte bepaling, als de rechter haar volgens de auteurs zelven zoo weinig mogelijk in toepassing zal brengen? Wanneer de schrijvers de formule nader verklaren door te zeggen dat later de wet zelf als regel aan 's rechters tusschenbeslissingen het gevolg zal verbinden, hetwelk thans bij wijze van bevoegdheid in zijne handen werd gelegd, dan acht ik dit niet onmogelijk. Het zal er toe komen òf omdat het zal gebleken zijn, dat de rechter of niet of min gelukkig de hem gegeven bevoegdheid gebruikte, of omdat ook in andere opzichten onze wetgever zich aan de regeling van het duitsche proces zal hebben aangesloten, hetwelk reeds in verordeningen ouder dan de Civilprozessordnung het beginsel aannam. Doch indien het al juist mocht geacht worden dat de wet het beroep van de incidenteele vonnissen met dat van de einduitspraak in beginsel vereenigd wil hebben, dan bewijst dit in geenen deele de deugdelijkheid eener bepaling, welke het oordeel over die vereeniging in ieder bijzonder geval aan den rechter opdraagt, ook niet dat zulk eene bepaling geene nieuwigheid zou zijn en bij ons aan den rechter niet eene singuliere bevoegdheid in handen zou geven. Wie overigens de bevoegdheid des rechters met de geheele regeling

der procedure in verband beschouwt en daarnaar beoordeelt, zal zich zeker niet als de HH. HARTOGH en COSMAN op de bevoegdheid van den engelschen rechter beroepen om daarmede die aan den nederlandschen rechter toegekend te verdedigen.

De bepalingen omtrent het hooger beroep van praeparatoire, interlocutoire, incidenteele en provisioneele vonnissen komen thans hierop neder: Het beroep van een praeparatoir vonnis zal als van ouds niet dan gelijktijdig met dat van het eindvonnis mogen worden ingesteld (art. 336 § 1); van eene beslissing, waarbij eene provisie wordt toestaan of geweigerd, kan nu als van ouds in hooger beroep worden gekomen, vóór het eindvonnis (art. 337 § 1); van eene incidenteele of interlocutoire uitspraak zal vóór het eindvonnis in hooger beroep kunnen worden gekomen, tenzij de rechter bij zijne uitspraak verklaard hebbe, dat dit beroep niet dan tegelijk met dat van het eindvonnis zal kunnen worden ingesteld (art. 337 § 2). Dus zeer juist Mrs. HARTOGH en COSMAN, bl. 124. Ook zeggen zij terecht dat van het stelsel der wet van 1838 slechts afgeweken is ten aanzien van incidenteele en interlocutoire vonnissen, maar dat ook bij deze regel blijft, „dat daartegen vóór het eindvonnis hoogere voorziening toegelaten is, en is uitzondering dat de rechter van de hem gegeven bevoegdheid gebruik makend dit verbiedt." Wanneer zij daar echter bijvoegen dat de verklaring waarbij de rechter dit doet, zelve van praeparatoiren aard zijnde *aan de beslissing een praeparatoir karakter verleent in zoover dat het hooger beroep niet dan gelijktijdig met dat van de eindbeslissing zal kunnen worden ingesteld*, dan dringt de vraag zich op: welke voorstelling maken zich de schrijvers van een *stelsel*? Dat de verklaring van praeparatoiren aard is kan gaan, maar die verklaring is op zichzelf niets en dat zij een interlocutoir, d. w. z. een vonnis waarbij een bewijs bevolen wordt, waarvan de beslissing der zaak afhankelijk kan zijn, tot een praeparatoir vonnis zou maken, acht ik een juridieke onmogelijkheid en als dit bezwaar ondervangen moet worden door te zeggen dat de verklaring slechts praeparatoir is, voorzoover zij hooger beroep uitsluit en dus weer niet praeparatoir is ten aanzien van de beslissing waarop het hier aankomt, nl. die omtrent het bewijs, dan doet men 't best deze geheele redeneering als niet geschreven te beschouwen. Zóó kan de nieuwe bepaling theoretisch niet pasklaar voor het oude stelsel gemaakt worden. Zie ook Mr. EIJSSELL t. a. p. Themis 1897 blz. 532.

Ten slotte dient nog opgemerkt, dat, evenals het hooger beroep van een praeparatoir vonnis zonder voorbehoud ontvankelijk blijft tegelijk met dat van het eindvonnis, dit ook het geval is met de interlocutoire en de incidenteele vonnissen, waarvan het hooger beroep door de verklaring des rechters niet dan tegelijk met het eindvonnis kan ingesteld worden.

Bij provisioneele vonnissen blijft het bij de keus en wordt daardoor, gelijk ik vroeger opmerkte, de termijn niet verwerkt, als de in het ongelijk gestelde tot het eindvonnis wacht, evenmin als voorbehoud noodig is, ofschoon men voorzichtig handelt het te maken. Dit geldt ook van de interlocutoire, maar bij de incidenteele vonnissen voor welke de keus niet is gegeven, blijft de termijn drie maanden na de uitspraak en helpt geen voorbehoud. De termijn wordt alleen dan die van de einduitspraak, als de rechter de uitzondering van art. 337 § 2 toepast.

Eindelijk dient in het oog gehouden dat, wanneer de in het ongelijk gestelde partij, in strijd met de bepaling van art. 336, van een praeparatoir vonnis in hooger beroep mocht komen, de rechter zich zelfs ambtshalve onbevoegd zal moeten verklaren om daarvan kennis te nemen. Niet anders zal het zijn, wanneer, in strijd met de verklaring des rechters in art. 337 § 2 bedoeld, afzonderlijk hooger beroep werd ingesteld van een incidenteel of een interlocutoir vonnis. Immers de hoogere rechter zal uit het hem overgelegd vonnis, waarvan beroep, ontwaren, dat hij er althans vooralsnog niet over oordeelen mag.

Termijn binnen welken geen hooger beroep mag ingesteld worden.

Op zichzelf is de termijn, binnen welken van eene door de wet toegekende bevoegdheid geen gebruik gemaakt mag worden, even fataal als die gedurende welken de bevoegdheid is gegeven. Van den termijn afhankelijk gesteld, staat en valt de bevoegdheid met den termijn. Toch zou men, over de wet redeneerende, hier eer kunnen onderstellen dat de wet eene toepassing ambtshalve daarvan niet verlangde, omdat de bevoegdheid zelve om te appelleeren na den termijn vaststaat. Het verbod om binnen een zekeren termijn van een vonnis in hooger beroep te komen, strekt om te voorkomen, dat daarin niet onberaden te werk worde gegaan. „Sit omnibus inspectionis copia, quo induscussos hominum calores potest refraenare."

De „vingt-quatre heures pour maudire ses juges" worden tot acht dagen uitgebreid. Is het dan geen openbaar belang dat het onberaden gebruik van een op zichzelf deugdzaam middel als het hooger beroep worde tegengegaan? Een middel, dat in het algemeen eene deugdelijke rechtspraak bevordert, mist, onberaden aangewend, zijn doel, verwikkelt slechts de procedure en verlengt haar duur zonder nut. Als men hierop let en den aard der door de wet gestelde termijnen in het oog houdt, dan laten ook de bewoordingen waarin de wetgever de gevolgen van het niet-inachtnemen van den termijn regelt, nauwelijks twijfel over, of de wetgever heeft ook hier een fatalen termijn gesteld en niet anders dan de toepassing daarvan ook ambtshalve verlangd. Nadat art. 342 heeft bepaald dat het beroep niet kan worden ingesteld vervolgt het: indien het hooger beroep binnen dat tijdvak plaats vindt, wordt de appellant niet-ontvankelijk verklaard. Zoo wordt rechtstreeks een bevel aan den rechter gegeven, die daarbij dan ook niet het beroep van de tegenpartij op het verloopen van den termijn behoeft af te wachten.

Het is de bepaling van den C. de pr. art. 449: „Aucun appel .... ne pourra être interjeté .... les appels interjetés dans ce délai seront déclarés non recevables". Zeker niet minder pertinent. En het fataal karakter van den termijn komt nog te meer aan het licht, omdat de bepaling van den Code reeds eene verzachting inhoudt van de wet van 1790, die de bevoegdheid tot hooger beroep geheel deed verloren gaan, indien het te vroeg was ingesteld. Met het oog op dit verval in de wet van 1790, schreef art. 449 C de pr. voor, en onze wetgever schreef dit na, ofschoon het ook zonder dat duidelijk genoeg kon geacht worden, dat die niet-ontvankelijk-verklaring niet belet dat de appellant het beroep kan herhalen, indien de termijn daartoe niet verstreken is. De termijn wordt alzoo door het te vroeg ingestelde beroep niet gestuit. De appellant wordt niet absoluut, maar vooralsnog niet-ontvankelijk, doch de bijvoeging „vooralsnog" is noch in de conclusie des gedaagde, noch in de uitspraak des rechters op hare plaats, daar de gedaagde niet vooruit berekenen kan, of er nog tijd over zal blijven en de rechter het voor den niet-ontvankelijk verklaarden appellant niet te berekenen heeft. Over het fatale karakter van den termijn zie GARSONNET § 932 No. 31 (V, p. 141) waaruit evenwel blijkt dat de fransche schrijvers niet eenstemmig zijn op dit punt. Bij ons kon uit art. 338 (oud) een argument tegen mijn gevoelen worden ontleend, doch de schrapping van dit artikel bij de

wet van 1896, no. 203, al was daarvoor eene andere aanleiding, laat nu het pertinente voorschrift van art. 342 § 1 in zijn volle kracht. Het Hof van Drente achtte, 22 Mei 1841 (Ned. Rechtspr. VIII § 83), dat van Leeuwarden 27 Maart 1876 (N. R. Bijblad 1877 A. bl. 34) de niet-ontvankelijkheid van art. 342 van openbare orde te zijn. Anders denkt over deze vraag Mr. v. ROSSEM op art. 342 n^0. 2.

Het hooger beroep schorst de tenuitvoerlegging van het vonnis. Verbod van hooger beroep binnen een bepaalden termijn moet dan ook verbod van de tenuitvoerlegging van het vonnis binnen dien termijn medebrengen. Beide bepalingen sluiten op elkander, art. 342. Is evenwel het vonnis bij voorraad uitvoerbaar verklaard, dan schorst het beroep de tenuitvoerlegging niet en blijft de in het ongelijk gestelde partij, niettegenstaande die tenuitvoerlegging tot hooger beroep bevoegd, indien zij niet in het vonnis berustte. Maar zij heeft dan ook geen acht dagen na de uitspraak van het vonnis te wachten en heeft zelfs belang er bij om tijdig in beroep te komen, opdat de tegenpartij bij de voorgenomen voorloopige tenuitvoerlegging daarop rekene.

Ad. III. Berusting sluit hooger beroep uit. „Elke partij welke zal berust hebben in een vonnis, kan niet meer ontvankelijk zijn om daarvan te komen in hooger beroep" zegt art. 334. Berusten is zich aan eene rechterlijke uitspraak, waartegen men zou kunnen opkomen onderwerpen, zich daarbij neerleggen. Het hooger beroep wordt gegeven aan hem die zich door een vonnis bezwaard acht; die daarin berust toont er niet mede bezwaard te zijn, voor hem is derhalve het middel niet gegeven. Hij kan niet meer ontvankelijk zijn om van het vonnis te komen in hooger beroep, zooals art. 334 het uitdrukt, of zooals het Ontwerp 1865, in art. 2 van tit. IV, B III, het nog eenvoudiger zegt: hij kan tegen het vonnis niet meer in hooger beroep komen. Berusten is dus m. a. w. afzien van hooger beroep. Toch is niet elk afzien van hooger beroep berusting in het gewezen vonnis. Partijen kunnen van hooger beroep afzien voor of bij den aanvang van het geding. Men moge dit eene eventueele berusting kunnen noemen, er ligt eene opdracht van bevoegdheid, eene prorogatie van de rechtmacht des rechters in, waardoor eene tweede instantie wordt weggenomen en de zaak voor hooger beroep niet vatbaar wordt gemaakt. Zij onderscheidt zich van de berusting hierin, dat de opdracht van bevoegdheid niet anders dan in de door de wet

toegelaten gevallen mag plaats hebben, juist omdat daardoor op de algemeene wettelijke regeling inbreuk wordt gemaakt. Ik bedoel de gevallen voorzien bij artt. 43, 55 en 66 R. O. art. 157 B. R. Zie ook art. 646.

Ook in het laten verloopen van den termijn ligt een afzien van hooger beroep opgesloten. Ten onrechte zou men ook daarin eene berusting zien. Immers het verloop van den termijn werkt buiten den wil van de belanghebbende partij; laat zij den termijn verloopen, het is niet de vraag of zij wilde berusten in het vonnis of niet. Het beroep is vervallen; het kan niet meer ingesteld worden, omdat dit aan een termijn gebonden was. Of de partij bevoegd was om van het beroep af te zien of in het vonnis te berusten is de vraag niet; onafhankelijk daarvan treedt het gevolg van het verval in.

Neiging tot systematiseeren deed wellicht deze wel te onderscheiden gevallen onder het begrip van berusting samenvatten, mij komt het voor dat daarvan verwarring van begrippen het gevolg kan zijn en acht het van belang onder berusting niet anders te begrijpen, dan wat de wet er onder verstaat.

Hierboven zeide ik reeds wat onder berusten te verstaan is en al kan daaruit worden opgemaakt dat het in den aard der zaak ligt dat hij die in een vonnis heeft berust, daarvan niet in hooger beroep kan komen en het daarom niet te verwonderen is, dat de fransche wetgever het niet bepaalde en het ook bij later voorgenomen herzieningen van den Code niet noodig geacht werd het te bepalen, zoo komt mij toch een uitdrukkelijk voorschrift daaromtrent, vooral met het oog op de zoo algemeene bewoòrdingen, waarmede art. 332 het hooger beroep aan partijen toekent, niet overbodig voor. Gerechtvaardigd is de bepaling zeker, want al is 't niet zeer elegant gezegd, de Regeering zeide terecht: „Het tegendeel zou eene tegenstrijdigheid medebrengen."

Op welke wijze kan berusting plaats hebben? Wellicht vond de ontwerper 1865 in de over art. 334 indertijd gevoerde gedachtenwisseling in de Tweede Kamer (zie bij v. D. HONERT § 334) aanleiding om te bepalen dat hij die uitdrukkelijk of stilzwijgend in het vonnis heeft berust, niet meer in beroep daarvan kan komen. Mij dunkt de onderscheiding behoeft in de wet niet te worden gemaakt. Berusting brengt uit zich zelve geen verklaring in woorden mede, zij kan uitteraard even goed volgen uit de houding door de partij tegenover het haar in het ongelijk stellend vonnis aangenomen. Wellicht wordt de gedachte nog beter uitgedrukt door van

eene berusting in woord of daad te spreken. Hoe dit zij, ook naar onze wetsbepaling is het duidelijk dat de berusting op tweeërlei wijze kan geschieden. Hoe gemakkelijk het in den regel zijn zal uit eene verklaring blijkende berusting het werkelijk bestaan daarvan af te leiden, zij komt zeker minder voor dan de berusting met de daad en ten aanzien van deze bestaat de meeste moeilijkheid om ze juist te waardeeren. Reeds bij de vaststelling van art. 334 werd door een lid in de Vierde Afdeeling der Tweede Kamer verlangd „dat de gevallen werden opgegeven, waaruit de stilzwijgende berusting kan worden opgemaakt" v. D. HONERT t. a. p., en LIPMAN gaf in zijne inleiding op den VII^en^ titel dienzelfden wensch te kennen. „Onder het beheer der fransche wetgeving gaf het gemis aan vaste regelen te dien opzichte meermalen tot belangrijke exceptiën van niet-ontvankelijkheid aanleiding, en werden daartoe niet zelden omstandigheden aangevoerd, aan welke de wetgever voorzeker nimmer de bedoeling heeft gehad, zoodanige gevolgen te verbinden." Dat er omstandigheden worden aangevoerd uit welke eene berusting niet kan worden afgeleid, zal de wetgever in het geheel niet kunnen verhinderen, daarvoor zullen hem de praktijken der praktijk te machtig blijven, maar zelfs ligt het buiten de taak des wetgevers zich in eene casuistiek te begeven. Dit neemt niet weg dat de wetgever bij de interlocutoire en provisioneele vonnissen in art. 337 zijn wil omtrent dit punt had kunnen en behooren te verklaren, even goed als en met meer noodzakelijkheid dan hij dit ten aanzien van de praeparatoire vonnissen deed in art. 336. Overigens zal de waardeering van de wilsverklaring in woord of daad ook hier wel aan den rechter moeten verblijven. Wanneer men nu in het oog houdt, dat het hier geldt het opgeven van eene bevoegdheid om te trachten een nadeel af te weren; dat de berusting in een vonnis tot op zekere hoogte in zich bevat de erkenning van ongelijk, waar men tot dusver beweerde gelijk te hebben, dan mag zeker eene berusting niet worden verondersteld, maar moet daarvan duidelijk blijken. Gelijk dan bij eene berusting in woorden deze in redelijken zin geen twijfel moeten overlaten omtrent den wil om te berusten, zoodat geen andere beteekenis aan de woorden kan worden gegeven, zoo is het ook met de daad. Niet ten onrechte sprak de Regeering bij v. D. HONERT t. a. p. van eene „sprekende daad." De daad moet, op redelijke wijze beoordeeld, geen andere strekking kunnen hebben en zoo uitsluitend met eene berusting in overeenstemming zijn.

Daarom blijf ik van oordeel dat de uitvoering aan een interlocutoir vonnis gegeven, het appèl daarvan tegelijk met dat van het eindvonnis niet uitsluit, want in die daad van uitvoering **kan** wel eene berusting liggen opgesloten, maar zij sluit niet uit dat de partij bij het doen der haar gegeven keuze: vooraf of met het eindvonnis, het tweede koos. En om de gelijkheid der bepaling zeg ik hetzelfde ten aanzien van de provisioneele vonnissen, ofschoon ik voor deze de bepaling liever niet had. De jurisprudentie maakt evenwel, ik herhaal het, bij de uitvoering voorbehoud van hooger beroep noodig. Bij andere incidenteele vonnissen die, behoudens art. 337 § 2 a. h. e. hun eigen termijn hebben is uit de daad van uitvoering niet anders dan berusting af te leiden. De uitvoering heeft uit zich zelve deze beteekenis, die in bijzondere gevallen, alleen door bijzondere omstandigheden zou kunnen worden verzwakt. Het tenuitvoerleggen van een vonnis en het voldoen aan een vonnis zijn wel de sprekendste daden van berusting. Maar, wanneer in het eerste geval degene die het vonnis ten uitvoer legt niet in allen deele in het gelijk is gesteld en de in 't ongelijk gestelde, naar aanleiding van de executie, in hooger beroep komt, dan kan de eerste nog altijd incidenteel beroep instellen. „Zelfs nà berusting" zegt art. 339 § 2 nu met zoovele woorden. Wanneer de in 't gelijk gestelde partij gaat executeeren, dan toont zij zich met het vonnis tevreden, niettegenstaande zij op enkele punten ongelijk kreeg. Maar aan die tevredenheid met de uitspraak ligt blijkbaar de onderstelling ten grondslag, dat de zaak is afgedaan en de andere partij ook berust. Doet zij dit niet, dan ontbreekt de onderstelling der berusting en daarmede deze zelve.

De uitvoering aan het vonnis gegeven is niet altijd berusting omdat het niet altijd mogelijk is zich daaraan te onttrekken. Wanneer bijv. een vonnis bij voorraad uitvoerbaar is verklaard en de in het ongelijk gestelde partij met executie bedreigd de kosten betaalt, dan heeft zij geen middel om de executie te voorkomen, het instellen van h. b. kan haar toch niet helpen; en zoo kan de betaling der kosten niet als een berusting in het vonnis worden aangemerkt. Was evenwel het vonnis niet bij voorraad uitvoerbaar, dan behoefde de veroordeelde partij zich niet door eene bedreiging met executie te laten intimideeren. Want de bedreiging kon zij onmiddellijk verijdelen door in hooger beroep te komen en zoo de tenuitvoerlegging te schorsen. Betaalde zij de kosten niettemin, de voldoening aan het vonnis brengt noodzakelijk berusting mede. De leer van schrijvers

en jurisprudentie is vrijwel eenstemmig op dit punt. De Hooge Raad nam bij een arrest van 2 Januari 1863 W. 2447 het tegendeel aan. Dit arrest werd bestreden in N. R. Bijblad XIV (1864) bl. 171 doch, ofschoon dit niet in de overwegingen vermeld wordt, bleek het arrest tot een bij voorraad uitvoerbaar vonnis betrekking te hebben. Zie N. R. Bijblad t. a. p. bl. 334. Het kan in vele gevallen voorzichtig zijn bij eene daad, die als berusting kan worden aangemerkt, zich het hooger beroep voor te behouden. Maar wanneer men uitvoering geeft aan een vonnis, terwijl men dit veilig kon nalaten, dan helpt geen voorbehoud als zijnde eene „protestatio actui contraria", die uitteraard geen gevolg kan hebben.

De fransche jurisprudentie is rijk aan voorbeelden van strijd over de zg. stilzwijgende berusting. Handelingen die niet als zoodanig kunnen worden aangemerkt, vermeldt o. a. GARSONNET t. a. p. p. 900 vv. Uit den aard der zaak geeft de uitdrukkelijke berusting tot minder twijfel aanleiding. Toch zal de wil uit de verklaring duidelijk moeten blijken en ook dat haar afkomst van de partij die berust behoorlijk is geconstateerd. Zie onderscheiden wijzen waarop dit plaats kan hebben bij GARSONNET p. 896.

Zijn wettelijke vertegenwoordigers, als voogden en curators, volkomen vrij om in een vonnis in het nadeel hunner vertegenwoordigden gewezen te berusten? Dat zij in het geval van prorogatie van rechtsmacht machtiging behoeven als bij dading (art. 330 B. R) is geen reden om hun de bevoegdheid om van hooger beroep af te zien te ontzeggen. Al ligt ook in die prorogatie een afzien van beroep, wat ook de berusting meebrengt, de aard van beide handelingen is niet dezelfde en beide worden in de wet onderscheiden en aan verschillende bepalingen onderworpen. Al werd nu de voogd door den kantonrechter gemachtigd om voor den minderjarige een geding te voeren, hij behoeft van deze machtiging geen gebruik te maken. Nog minder wordt hij daardoor verplicht om, indien het geding ten nadeele van den minderjarige werd beslist, in hooger beroep te komen, ook niet wanneer hij daartoe gemachtigd werd. Alleen is hij, behoudens art. 462 § 2 B. W. voor het komen in appèl gedekt, als hij zich machtigen liet, terwijl hij, zonder machtiging handelende of daarvan geen gebruik makende, zich daaromtrent kan hebben te verantwoorden. Maar tegenover de tegenpartij is hij de beheerder van het proces en heeft hij te beoordeelen of in het den minderjarige nadeelig von-

nis moet worden berust. Berusten in een vonnis is niet berusten in eene vordering; tot dit laatste moet de voogd gemachtigd zijn en daarom ook tot het berusten in een ingesteld appèl.

Wat het bestuur van gemeenten aangaat, op een besluit tot het voeren van een rechtsgeding in hooger beroep behoeft het bestuur der gemeente de goedkeuring van Gedeputeerde Staten evengoed als op een besluit om in eersten aanleg te procedeeren. Die goedkeuring kan evenwel voor eens worden verleend voor het voeren van het geding en daarmede ook het hooger beroep en de cassatie omvatten. Zie OPPENHEIM, Gemeenterecht bl. 392. Doch de Burgemeester, die, krachtens de wet, als het orgaan der gemeente het proces voert en door wiens persoon de gemeente handelt, zal in een nadeelig vonnis berustende door die berusting de gemeente daaraan binden tegenover de partij. Of hij daarin den Raad al of niet heeft gekend, al of niet had behooren te kennen, gaat de partij niet aan.

De procureur is als zoodanig tot berusting niet bevoegd. Zijne handeling, zonder machtiging der partij verricht, bindt haar niet. Van eene wraking van zoodanige handeling langs den weg der ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen kan geen sprake zijn. Want met het vonnis is het geding, waarmede de procureur en voorzoover hij daarmede belast was, afgeloopen. Ofschoon nu in het laten verloopen van den termijn ook een afzien van het beroep gelegen is, zoo is het duidelijk, dat, al mocht dit het gevolg zijn van des procureurs nalatigheid om zijn client met het tegen hem gewezen vonnis in kennis te stellen, de bevoegdheid om in hooger beroep te komen onherroepelijk verloren ging. Ik breng het alleen in het voorbijgaan onder de aandacht om den onderscheiden aard der gevallen, waarin een afzien van hooger beroep gelegen is.

Ad IV. Vonnissen als op tegenspraak gewezen. In het geval bedoeld bij art. 79 wordt niet ten tweeden male verstek verleend, maar, dewijl er eene tweede oproeping om te verschijnen heeft plaats gehad, wordt ook tegen de op die tweede oproeping niet verschijnende partijen als op tegenspraak vonnis gewezen. De wetgever heeft begrepen dat hij, die ten tweeden male niet verscheen, geacht mocht worden niet te willen verschijnen en dat een herhaald onderzoek door denzelfden rechter, hetwelk het gevolg is van een verzet, nu in het belang van de verschenen partijen moest worden uitgesloten, terwijl de weggeblevene toch in de verdediging door de medegedaag-

den gevoerd, een waarborg voor de handhaving ook van zijn recht geacht mocht worden te hebben. Wordt nu het vonnis als op tegenspraak gewezen beschouwd tusschen alle partijen, dan moet ook aan allen het middel van hooger beroep worden toegekend. Waarom wordt dit nu voor de „achterblijvende" partij d. i. de partij die op de tweede oproeping niet verscheen, zooveel bezwarender gemaakt, dat zij vooraf aan het vonnis moet gehoorzamen, zelfs indien het vonnis niet bij voorraad uitvoerbaar werd verklaard? De wetgever gaat blijkbaar van de onderstelling uit, dat die achterblijvende partij de eenige is die zich bij het vonnis bezwaard gevoelt. Dan kan zeker haar herhaald wegblijven en nu het hooger beroep den toeleg verraden om zich zoolang mogelijk aan eene veroordeeling die gevreesd wordt, te onttrekken. Zij moet nu beginnen met aan het vonnis te voldoen; natuurlijk bij voorraad omdat het vonnis op het hooger beroep vernietigd kan worden. Ten einde voor dat geval niet in haar recht benadeeld te worden behoeft zij echter aan het vonnis niet te voldoen, als niet de tegenpartij zekerheid geeft voor herstelling zooveel mogelijk in den toestand waarin zij zou geweest zijn, indien zij aan het vonnis niet voldaan had. Dit alles ligt in het „tegen het stellen van zekerheid" van art. 335 § 2. Ofschoon de wetgever onderstellen mag dat de achterblijvende partij ten tweeden male wegblijft, is de bepaling toch evenzeer toepasselijk op eene partij, die eerst verschenen zijnde, op de tweede oproeping niet verscheen. Uit de woorden van art. 335 in verband met art. 79 kan geen andere gevolgtrekking gemaakt worden. Kan het voorschrift betreffende de achterblijvende partij, als deze de eenige is die zich in hooger beroep voorziet, niet geheel onjuist geacht worden, de wetgever onderscheidt te dien aanzien niet. Al mochten ook andere partijen in hooger beroep komen, zij zal altijd aan het vonnis hebben te voldoen tegen het stellen van zekerheid. Tegen het in de wet opnemen van eene onderscheiding ware weder uit een ander oogpunt bezwaar te maken en daarom mag het wel verkieslijk geacht worden, dat de wetgever hier in het geheel niet van de veronderstelling uitga, dat die achtergebleven partij reeds a priori zou moeten geacht worden het appèl louter als een obstructiemiddel te gebruiken. LIPMAN keurde die verplichte voldoening aan het vonnis, dat niet bij voorraad uitvoerbaar was verklaard, reeds af en de Ontwerper van 1865 liet haar weg. De zekerheidstelling die op hare beurt wederom een troost voor de verdacht gemaakte achtergebleven partij

moet opleveren, kan ook al weer tot verwikkeling aanleiding geven.

Zal in het hervatte geding, de achtergebleven partij van art. 89*a* gebruik kunnen maken om ten dienenden dage als nog in rechte te verschijnen? Het ware wenschelijk en men zou kunnen meenen dat haar deze bevoegdheid nog veeleer moest worden gegeven, omdat er nu zelfs tegen haar een vonnis als op tegenspraak zal worden gewezen, maar er is hier geen verstek verleend en er zal ook geen vonnis ten profijte daarvan gewezen worden. Men zal alzoo wel moeten zeggen: art. 89*a* is een eerste stap, de tweede zal later wel eens door den wetgever gedaan worden.

En wanneer de achtergebleven partij in hooger beroep komt, zal zij nu al hare middelen ongerept hebben behouden? Kan tegenover haar als vaststaande worden aangemerkt wat, door gebrek aan tegenspraak van de andere partij, als vaststaande is aangenomen? Ik meen dat in beginsel de eerste vraag bevestigend, de tweede ontkennend moet worden beantwoord. Wordt al het vonnis als op tegenspraak gewezen beschouwd, dit neemt niet weg, dat de achtergebleven partij niet gehoord is en dat zij wel het middel van verzet niet heeft, maar hooger beroep haar uitdrukkelijk wordt toegekend. Daarbij herneemt zij alzoo die zelfstandigheid, welke haar toekomt.

§ 161. NADERE BEPALING VAN HET ONDERWERP VAN DEN STRIJD.

Al is het onderzoek des hoogeren rechters niet beperkt tot de vraag, of de lagere rechter de zaak, zooals zij hem werd voorgelegd, juist heeft beoordeeld; al wordt de geheele rechtsstrijd op nieuw voor den hoogeren rechter gevoerd, toch blijft hij beperkt tot de vorderingen in eersten aanleg aan het oordeel des rechters onderworpen. Geene nieuwe vorderingen mogen noch door den oorspronkelijken eischer, noch door den oorspronkelijken verweerder in hooger beroep worden gedaan. Daardoor wordt tevens eene verandering in de oorspronkelijk ingestelde vordering uitgesloten. Vermeerdering van den oorspronkelijk gedanen eisch is niet toegelaten, tenzij deze mocht bestaan in: 1° interessen, renten, huren, en andere bijkomende zaken sedert het vonnis in eersten, aanleg gewezen, verschenen of ontstaan; 2° kosten, schaden en interessen wegens sedert dat vonnis geleden nadeel: 3° een provisioneelen eisch.

Geen nieuwe vordering. *Uitzondering.*

Nieuwe, in eersten aanleg niet gebruikte middelen van verwering, vermits in eersten aanleg niet door uitdrukkelijken of stilzwijgenden afstand

Nieuwe verweermiddelen.

gedekt, kunnen voor het eerst in hooger beroep worden aangevoerd Mochten zij gegrond worden bevonden en dientengevolge de partij, die ze voordroeg in het gelijk worden gesteld, dan zal deze in de kosten kunnen veroordeeld worden, die tot op het voordragen der nieuwe verweermiddelen gemaakt zijn, indien zij er in eersten aanleg gebruik van had kunnen maken. Art. 348.

De zaak wordt alzoo, voor zooverre van het vonnis geappelleerd wordt, in haar geheelen omvang aan het oordeel des hoogeren rechters onderworpen. De feiten zoowel als het rechtspunt zijn daaronder begrepen. In hoever het herhaald onderzoek tot herhaling van reeds aangewende of tot het voor het eerst aanwenden van bewijsmiddelen als een getuigenverhoor grond mag geven, zal bij de behandeling der incidenten in hooger beroep, bepaaldelijk ook die welke tot het bewijs betrekking hebben, worden besproken.

Uit deze nadere bepaling van het onderwerp van den strijd blijkt de regel dat nieuwe vorderingen zijn uitgesloten, nieuwe verweermiddelen daarentegen toegelaten.

Het verbod van nieuwe vorderingen volgt noodzakelijk daaruit, dat de eisch wordt bepaald door de aangevoerde feiten en den daarop steunenden rechtsgrond, verandering daarin of in het middel dat als gevolgtrekking daaruit is afgeleid, veranderen de ingestelde vordering zelve, er ontstaat eene nieuwe vordering, eene andere dan die waarop de verweerder het geding heeft aanvaard. Evenmin als den eischer dit wordt toegestaan in eersten aanleg (art. 134) nog veel minder in hooger beroep. De verweerder zou van een tweede instantie worden beroofd. Ook in eene vermeerdering van het onderwerp van den eisch ligt eene vordering van hetgeen in eersten aanleg niet was gevorderd en derhalve eene nieuwe vordering opgesloten en zij moet daarom eveneens verboden zijn. Ofschoon onze wetgever het verbod van vermeerdering van den eisch streng opvat, indien althans mijne verklaring van art. 134 (Zie Dl. II, 80) juist is, kon hij met recht de in art. 348 vermelde nieuwe vorderingen in hooger beroep toelaten. Immers, indien er in eersten aanleg interessen, renten of huren gevorderd waren tot op de veroordeeling, dan is de verschuldigdheid van de interessen enz., ook die sedert het vonnis verschenen zijn, niet dan een gevolg van die der eerstgenoemde, zoodat, wanneer de veroordeeling gehandhaafd blijft, ook die tot betaling der sedert het vonnis verschuldigde wel moet volgen. Waren evenwel in eersten

aanleg geen interessen, renten noch huren gevorderd, terwijl zij toch ook toen reeds gevorderd hadden kunnen worden, dan zou de vordering voor het eerst daarvan in hooger beroep eene nieuwe vordering zijn en ook op grond van art. 134, dat vermeerdering van den eisch verbiedt, zijn verboden. Zoo zullen ook kosten, schaden en interessen, wegens nadeelen sedert het vonnis in eersten aanleg geleden, evenmin voor het eerst in appèl kunnen gevorderd worden, wanneer zij reeds in eersten aanleg gevorderd hadden kunnen worden. Het komt mij evenwel voor, dat in zeer vele gevallen de hier bedoelde nieuwe vorderingen kunnen vermeden worden. Wanneer eene vordering wordt ingesteld tot vergoeding van schade reeds geleden en nog te lijden, dan bestaat er geen reden om die tot op de uitspraak van het vonnis te beperken, maar veeleer grond om die uitte strekken tot aan de voldoening aan het vonnis. Wanneer dan de rechter in hooger beroep dat vonnis bevestigt, dan is daarmede met een de veroordeeling bevestigd tot vergoeding der schade, die gedurende het geding in hooger beroep is geleden. Zoo zie ik ook niet in, waarom de veroordeeling van den bezitter tot uitkeering der vruchten, sedert den aanvang der rechtsvordering genoten, zou beperkt zijn tot de vruchten vanaf de rechtsvordering tot op het vonnis in eersten aanleg en niet tot zoolang als de teruggave of ontruiming van de opgevorderde zaak heeft plaats gehad (Zie art. 630 B. W.). Heeft de eischer niet dan interessen van eene geleende geldsom gevorderd, dan heeft hij zich natuurlijk tot de op de dagvaarding verschenen interessen moeten bepalen of termijnen van een vruchtgenot zooals in het geding, waartoe betrekking heeft arr. Hof Amsterdam 5 Dec. 1870, W. 5968. Hij zal dan in hooger beroep ook betaling van later verschenen termijnen mogen vorderen, juist niet alleen die sedert het vonnis verschenen zijn, maar a fortiori die, welke in eersten aanleg niet gevorderd konden worden.

Wanneer de wetgever hier spreekt van rechtsgevolgen (art. 434 C. d. pr. „accessoires") dan geven bepalingen als art. 556 B. W. aanleiding om te denken aan datgene wat door natrekking tot de zaak behoort, maar dan zouden we hier weder niet met verschenen huren of interessen te doen moeten hebben. Men zal die uitdrukking hier wel in dezen zin moeten opvatten, dat bedoeld wordt datgene wat als een gevolg, een uitvloeisel van de hoofdvordering wordt geeischt. Ik zou de uitdrukking nauwkeuriger vinden als van bijkomende zaken gesproken was. Zoo zou ik er dan ook geen bezwaar in

zien om op grond van no. 1 toegelaten te achten de vordering tot het afbreken van hetgeen in den loop van het geding op een grond gebouwd werd, terwijl de oorspronkelijke vordering strekt tot ontruiming van het gebouwde, nl. wat gebouwd was op den dag der dagvaarding of ook alleen strekte tot ontruiming, omdat er toen nog niet gebouwd was. Zie CARRÉ Q, 1674, 6°. Ofschoon de vordering tot uitvoerbaarverklaring van het vonnis bij lijfsdwang eene bijkomende vordering zij, kan zij niet voor 't eerst in appèl gedaan worden. Er bestond ook geen reden, als bij de andere in no. 1 genoemd, om, werd zij verlangd, die uitvoerbaarverklaring niet dadelijk in eersten aanleg te vragen. Zie Hof Noordholland 29 Maart 1867, Mag. v. Handelsr. X, bl. 164.

Ten aanzien van de provisioneele vorderingen, (vorderingen bij voorraad, art. 348 n°. 3) verwijs ik naar de behandeling der incidenten in appèl.

Valt eene nieuwe vordering buiten de door de wet gestelde grenzen dan is de hoogere rechter volstrekt onbevoegd om daarvan kennis te nemen. Het Hof zal zich dan ambtshalve onbevoegd moeten verklaren, omdat het niet anders dan door prorogatie in eersten aanleg mag oordeelen over vorderingen waarvan hem alleen de kennisneming in hooger beroep is opgedragen. De rechtbank zal hier evenwel hare onbevoegdheid niet ambtshalve uitspreken, maar, met inachtneming van art. 157, hare onbevoegdheid alleen kunnen uitspreken, wanneer de tegenpartij zich daarop beroept. Dus terecht PENNINCK op art. 348 tegen DE PINTO. Verg. CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1676.

Wat voor den eischer geldt, geldt ook voor den oorspronkelijken gedaagde. Ook hem is het doen van nieuwe vorderingen in hooger beroep ontzegd. Een eisch in reconventie, in eersten aanleg niet gedaan, kan in hooger beroep niet meer gedaan worden, art. 250 § ult. Daarvoor bestaat niet gelijke grond, als voor 't verbod aan den oorspronkelijken eischer gesteld. Immers aanvaardt niet de gedaagde in reconventie dat geding in reconventie eenig en alleen op den eisch zooals die werd ingesteld, maar hij moet zich elken eisch, dien de gedaagde in reconventie wil doen, laten welgevallen; ook op dat verweermiddel moet hij bereid zijn, den strijd door hem aangebonden voort te zetten. De C. de pr. liet dan ook den eisch in reconventie voor het eerst in hooger beroep toe, waar hij den verweerder in art. 464 toestaat, het inbrengen van „une demande nou-

velle", wanneer zij bestaat in eene verdediging tegen de ingestelde vordering: „défense à l'action principale." Nu heeft daarop zeker invloed geoefend de in Frankrijk meest algemeen aangenomen leer. dat reconventie alleen mocht worden toegelaten met opzicht tot connexe vorderingen, zoodat van de reconventie niet alleen formeel als verdedigingsmiddel kon worden gebruik gemaakt; ook materieel moest zij eene verdediging tegen den eisch bevatten. Bij ons moest de geheele onafhankelijkheid van de vordering in reconventie van die in conventie tot het tegendeel leiden. Men kan wel de bepaling van onze wet verdedigen met te zeggen dat het den verweerder niet moet vrijgelaten worden, om, door voor het eerst in appèl met de reconventie voor den dag te komen, den reconventioneelen verweerder van eene instantie te berooven, en dit argument heeft zeker kracht voor 't geval dat er niet het minste verband tusschen de conventie en de reconventie bestaat. Is het dan beter dat de verweerder niet in appèl maar zelfstandig zijne vordering voor den rechter brengt, dan kan dit toegegeven worden, maar het doet tevens de vraag ontstaan, of dan ook niet de toelating van de onafhankelijkheid der beide vorderingen daarmede wordt veroordeeld. Dit staat toch vast dat, als de reconventioneele vordering eens als verweermiddel is toegestaan, de eischer zich ook daaraan door het instellen van den eisch blootstelt en ook dat verweermiddel met de natuurlijke gevolgen, welke het als zoodanig heeft, moet aanvaarden. In ieder geval komt het mij voor dat, wanneer de reconventioneele eisch verband houdt met de conventie en ook materieel eene verdediging daarop inhoudt, er geen reden bestaat om het instellen daarvan in hooger beroep te verbieden en andere nieuwe verweermiddelen wel toe te laten. Het nut hetwelk de reconventie als verweermiddel heeft, met het oog op bekorting en vereenvoudiging in de afdoening der geschillen, valt met het verbod van art. 252 weg en de berooving van eene instantie heeft niet minder plaats, wanneer andere nieuwe verweermiddelen in hooger beroep worden toegelaten.

Nu de wet in art. 348 alle nieuwe vorderingen, behalve de daar in het bijzonder opgenoemde in hooger beroep uitsluit, en, als men aan art. 464 van den Code denkt, ook niet wil weten van zoodanige vorderingen welke eene verdediging inhouden, wordt reeds daardoor de reconventie in appèl uitgesloten, maar ook duidelijk genoeg de verandering van eene in eersten aanleg ingestelde reconventioneele vordering verboden en de vermeerdering van den reconventioneelen

eisch behalve in gevallen als art. 348 vermeldt. Het ware eene moeilijk te verdedigen letterknechterij, die, het verband met art. 348 uit het oog verliezende, ging beweren dat alleen dàn in hooger beroep een eisch in reconventie wordt gedaan, als een dergelijke eisch in het geheel niet in eersten aanleg gedaan werd, maar dat verandering of vermeerdering van een in eersten aanleg ingestelden reconventioneelen eisch in hooger beroep niet zou zijn uitgesloten. Ik stel niet eens de vraag, of art. 134 voor dit geval geacht zou moeten worden al of niet geschreven te zijn, maar ik ben wel van oordeel dat in den eerst ingestelden reconventioneelen eisch evenmin als in den conventioneelen eisch verandering of vermeerdering mag plaats hebben.

Daar er voor den in het gelijk gestelden eischer natuurlijk geen reden bestaat om, ten behoeve van die nieuwe vorderingen, van het vonnis in hooger beroep te komen en hij daarvan dus alleen als geintimeerde gebruik zal maken, kan men vragen, wat het middel van hooger beroep hem, als hij in 't ongelijk gesteld werd, geven kan, Dit heeft daarom toch ook voor hem zijn gewicht. Opent het den eischer al niet de gelegenheid tot het aanvoeren van nieuwe middelen, hij zal de gronden, welke, hij èn voor de waarachtigheid der feiten en hunne juiste waardeering èn voor hun verband met den aangevoerden rechtsregel en de juiste beteekenis daarvan èn voor de juistheid van de daaruit door hem gemaakte gevolgtrekking, waarin mede de deugdelijkheid der door hem ingestelde vordering is gelegen, aanvoerde, opnieuw en des noodig aangevuld aan het oordeel des hoogeren rechters onderwerpen, tegelijk met de gronden waarop hij de gronden en middelen der verwering bestreed en deze, waar 't pas geeft, met nieuwe kunnen verrijken. Want, evenals de eerste rechter van ambtswege de rechtsgronden moet aanvullen, welke niet door partijen werden aangevoerd, zoo heeft ook de hoogere rechter dit te doen en kan de eischer dezen op door hem zelven in eersten aanleg voorbijgeziene gronden wijzen, al heeft hij eer zich zelven dan dien eersten rechter aan te klagen van ze voorbijgezien te hebben. Den eersten rechter eigenlijk in 't geheel niet, want wie zal zeggen of de eerste rechter ze voorbijzag of wel te licht bevond? Toch kunnen ze en moeten ze den hoogeren rechter die ze juist acht, tot verbetering van het vonnis brengen. Daartoe moet, gelijk wij zagen, vooral het hooger beroep dienen, om tot een grondiger onderzoek aanleiding te geven, een onderzoek zoo 't kan van alle gronden, die

voor en tegen de gevoerde bewering kunnen worde te berde gebracht.

Kan de oorspronkelijke eischer niet dan nieuwe gronden voor de door hem ingestelde vordering en tegen de door den verweerder daartegen ingebrachte verdediging bijbrengen, aan den oorspronkelijken verweerder is de bevoegdheid toegekend om ook nieuwe middelen van verwering aan te voeren. Verkeert hij daardoor in voordeeliger toestand dan de eischer, en kan men daarin eene toepassing vinden van het „partes rei favorabiliores", daarin ligt niet eene hem boven den eischer verleende bescherming; het is niet anders dan het natuurlijk gevolg van den toestand des verweerders in het geding. De eischer kan niet pretendeeren dat de gedaagde, zich in het geding inlatende, dit zou aanvaard hebben ook tegen eene andere vordering dan die waarvoor de eischer hem in rechte deed roepen. Maar wel beweert de eischer dat het recht, hetwelk hij vervolgt en zooals hij dat vervolgt, tegen alle verweermiddelen, welke daartegen kunnen worden aangewend, bestand is. En zal dan het hooger beroep beantwoorden aan zijn doel van een zoo volledig mogelijk onderzoek te doen plaats hebben, dan moet het ook voor het aanvoeren van in eersten aanleg niet aangevoerde verdedigingsmiddelen de gelegenheid geven. CARRÉ Q. 1673 gaat wat ver, als hij, met wat wij gaarne een fransch argument noemen, beweert: „la défense dérivant du droit naturel, il doit être permis à une partie de l'exercer en tout temps et de la manière qu'elle le juge convenable." Of zou het handhaven van zijn recht door eene rechtsvordering niet evengoed op dat zg. droit naturel berusten? Neen, de eischer moet weten wat hij te vorderen heeft, voordat hij begint, maar den verweerder die gerust zich mag rekenen in zijn gevestigden toestand, moet zoo ruim en zoo lang mogelijk de gelegenheid worden gegeven om zijne verdedigingsmiddelen te zoeken en te overwegen. Dit neemt niet weg, dat de wetgever aan de toekenning van sommige, door hem in 't bijzonder toegekende, middelen de voorwaarde kan verbinden dat zij op zekeren tijd en wijze moeten worden voorgesteld, op straffe van verval, en dit ook, ten behoeve van eenen redelijken procesgang, in dien zin kan bepalen dat (men denke aan de declinatoire en de dilatoire exceptien van het wetb. 1838: art. 93, 155, 159) het gebruik daarvan in hooger beroep wordt uitgesloten. Doch wanneer als regel geldt, dat nieuwe verweermiddelen in hooger beroep worden toegelaten, kunnen des te eer nieuwe gronden voor in eersten aanleg reeds aangevoerde verweermiddelen worden bijgebracht. Voor

den rechter blijft echter alleen de bevoegdheid om rechtsgronden aan te vullen, welke de verweerder tot staving zijner verweermiddelen niet mocht hebben aangevoerd (art. 48). Terwijl echter in 't algemeen nieuwe verweermiddelen in appèl kunnen opkomen, zal de rechter, bij 't gebruik maken van zijne ambtelijke bevoegdheid, des te zorgvuldiger het niet altijd zoo dadelijk in 't oog vallende onderscheid tusschen middelen en gronden van verdediging hebben te maken. De onderscheidingen, welke de processualisten plegen te maken tusschen de verdedigingsmiddelen, naarmate zij in eene volstrekte of betrekkelijke ontkenning der vordering bestaan, de onderscheiding in verdedigingsmiddelen ten principale en exceptieve en ook het schema waarnaar zij tusschen de peremtoire exceptien plegen onderscheid te maken, zullen hier dienst kunnen doen. Maar bovendien zal de rechter dikwijls de tot eene zelfde categorie behoorende verdedigingsmiddelen of exceptiën moeten individualiseeren, in dien zin, dat waar de verweerder zich op b.v. te niet gaan der schuld beriep door betaling, het middel daartoe beperkt is en de rechter niet ambtshalve te niet gaan door kwijtschelding zou mogen aannemen, als ware daarin slechts een andere grond voor het te niet gaan der schuld gelegen. Zoo zou ik dan ook van oordeel zijn, dat het Hof van 's Gravenhage zijne bevoegdheid te buiten ging, toen het, bij arrest van 1 Februari 1897, waartoe betrekking heeft een arrest van den H. Raad van 11 Juni 1897, W. 6983, de niet-ontvankelijkheid van eene vordering tot ontruiming eener woning wegens geeindigden huurtijd uitsprak, op grond, dat den verhuurder na geeindigden huurtijd geene actie uit het huurcontract zou toekomen, terwijl de eerste rechter, overeenkomstig de verwering des gedaagden, de niet-ontvankelijkheid uitsprak, op grond, dat de verweerder als met een der erfgenamen in gemeenschap van goederen gehuwd, als hoofd der echtvereeniging evenveel recht had op de detentie der onroerende goederen in geschil als de eischers zelven. Al nam het Hof met de Rechtbank de niet-ontvankelijkheid der vordering aan, zoo is toch de beteekenis van dat middel niet te beoordeelen, zonder op zijn onmiddellijken grond te letten. Zoo werd door gedaagden aangevoerd en door de Rechtbank aangenomen, om in den ouden stijl te spreken, de peremtoire exceptie: „non tibi competit actio" of „non competit actio contra me," terwijl het Hof ambtshalve toepast de peremtoire exceptie „non competit haec actio", waaruit m. i. duidelijk blijkt, dat niet slechts een door den gedaagde niet gebruikte rechtsgrond, maar een door hem

niet aangevoerd rechtsmiddel werd toegepast. Verg. Dl. II, bl. 186.

Maar welke zijn de nieuwe verweermiddelen, welke de verweerder voor het eerst in hooger beroep kan aanvoeren? Wij hebben daartoe in de eerste plaats te letten op den inhoud van art. 348, zooals het luidde in het Wetb. van 1838, waarin „nieuwe weren van rechte" worden toegelaten, mits zij eene verdediging ten principale opleveren en niet in het geding ter eerster instantie zijn gedekt." De redactie van het artikel geeft grond voor de meening dat het voorstellen van exceptien, anders dan die in eersten aanleg waren voorgesteld, uitgesloten wordt. Dat „mits" is onverbiddelijk, indien de wetgever hier althans op de tegenstelling tusschen verdediging ten principale en exceptief het oog heeft. De tegenstelling nu wordt duidelijk gemaakt in art. 159 „de exceptien waarvan in het volgende artikel wordt gehandeld" en „alle antwoorden ten principale." Voorts in art. 160, waar van de overige exceptien de rede is die „met het antwoord tegelijk" moeten of „voor het antwoord ten principale" mogen worden voorgesteld. Evenzoo in art. 161. Nu is het ook uit andere bepalingen duidelijk dat de wetgever aan de exceptien eene uitgebreide beteekenis geeft. Zouden dan in art. 348 van de nieuwe verweermiddelen alle peremtoire exceptien zijn uitgesloten? Dit ware een gansche ommekeer in hetgeen naar den C. de pr. rechtens was, en, ofschoon onze wetgever in art. 348 in meer dan een opzicht eene andere redactie volgde dan die van art. 464 C. de pr., men zou niet mogen aannemen dat hij die ommekeer had gewild, dan wanneer de bewoordingen van art. 348 geene andere uitlegging toelieten.

Ofschoon het nu niet te ontkennen is, dat verweermiddelen g e d e k t kunnen heeten, wanneer daarvan afstand is gedaan en op die wijze ook verweermiddelen ten principale in de strenge beteekenis van dit woord kunnen gedekt worden, is die uitdrukking toch 't meest eigenaardig van toepassing op exceptien, die men verwerkt door ze niet tijdig of niet behoorlijk voor te stellen. Zie art. 93 (oud). Het zijn ook alleen e x c e p t i e n die naar de wet op die wijze worden verwerkt, gelijk dit moet volgen uit art. 93 en 155 en 159 (oud.) De gedachte aan de e x c e p t i e n is derhalve den wetgever in art. 348 niet geheel uit het hoofd geweest. Maar wanneer men bedenkt, dat de peremtoire exceptien in haar gevolg met de verdediging ten principale kunnen gezegd worden gelijk te staan, en in art. 160 en 161 (oud) wel wordt voorgeschreven dat die peremtoire exceptien met het antwoord tegelijk moeten worden voorgesteld, behalve enkele die ook

vooraf voorgesteld kunnen worden, doch nergens het verval van die exceptien wordt uitgesproken noch ondersteld, wanneer zij niet met het antwoord voorgesteld werden, dan bestaat er dunkt mij, alle grond om aan te nemen dat de wetgever die verdediging ten principale hier in art. 348 in zoo ruimen zin heeft genomen, dat ook de z. g. peremtoire exceptien daaronder zijn begrepen.

Ook kan men nog dit zeggen.

Als de verweerder de peremtoire excepties tegelijk moest voorstellen met het antwoord ten principale en hij dit niet deed en dan in hooger beroep nieuwe verweermiddelen ten principale mag aanvoeren, dan ligt het voor de hand dat ook aangevoerd kunnen worden de peremtoire excepties die daarmede in eerste instantie reeds vereenigd moesten worden.

Niemand zal dan ook een argumentum a contrario willen ontleenen aan de bijzondere bepaling in art. 1988 B. W., omdat zij uitdrukkelijk veroorlooft om zich in elken stand van het geding en zelfs in hooger beroep op de verjaring te beroepen. Het ware wel gemakkelijk om met het: „qui dicit de uno, negat de altero" te beweren dat, wat de wet hier van de verjaring bepaalt, dus ten aanzien van ééne peremtoire exceptie veroorlooft, dientengevolge door haar ten aanzien van de overige peremtoire excepties wordt uitgesloten. Maar die redeneering ware even oppervlakkig als gemakkelijk en hare ondeugdelijkheid valt in het oog, als men bedenkt, dat de wetgever hier voor de verjaring eene uitdrukkelijke bepaling geeft om te voorkomen dat niet, uit het verband met andere hier gemaakte bepalingen, eene derogatie aan art. 348, wat de verjaring betreft, zou worden afgeleid. Staat toch de bepaling van art. 1988 B.W. niet in onmiddellijk verband met den in art. 1985 B. W. toegelaten stilzwijgenden afstand? Evenals nu de mogelijkheid van den stilzwijgenden afstand aanleiding gaf tot het uitdrukkelijk verbod aan den rechter om het middel ambtshalve toe te passen, ofschoon hem ook reeds elders in het algemeen verboden is om rechtsmiddelen aan te vullen, zoo wordt in art. 1988 uitdrukkelijk bepaald dat die stilzwijgende afstand niet mag worden afgeleid uit het niet inroepen van het middel in eersten aanleg, dewijl ook bij de verjaring de regel geldt, dat van peremtoire exceptien ook voor het eerst in hooger beroep kan worden gebruik gemaakt.

Hoe het zij, de jurisprudentie heeft zich bij ons, op 't voorbeeld der fransche, gevestigd in dien zin dat ook peremtoire exceptien als nieuwe weren van rechte in hooger beroep kunnen worden aange-

voerd. Verg. H. Raad 30 Juni 1876 W. 4055. Dat er afwijkingen in de jurisprudentie voorkomen is echter niet te verwonderen. Zoo bestaan er uitspraken, waarbij de disqualificatoire exceptie in hooger beroep werd uitgesloten. Daarop kan ook het verschil van gevoelen, omtrent den dilatoiren of peremtoiren aard van deze exceptie van invloed geweest zijn.

Wat zal men moeten aannemen na de wijziging, welke het wetboek van 1838 bij de wet van 1896 onderging?

Nieuwe weren zijn in art. 348 ook thans toegelaten, „die eene verdediging ten principale opleveren, tenzij dezelve in het geding ter eerster instantie zijn gedekt" en wordt daarbij gevoegd „waaronder niet begrepen is het geval dat het recht om ten principale te antwoorden ingevolge art. 141 vervallen is." Niettegenstaande alzoo, volgens art. 141, in eersten aanleg het recht om ten principale te antwoorden vervalt, wanneer een of meer exceptien afzonderlijk worden voorgedragen, kan men daarop in hooger beroep terugkomen en daar voor het eerst zijne verdediging ten principale voordragen. Had de verweerder behalve zijne exceptieve verdediging, zich door een of ander middel ten principale verdedigd, dan heeft hij vanzelf de bevoegdheid nieuwe weren ten principale bovendien aan te voeren.

Maar zal men, als onder de oude wet, ook de volgens de oude wet niet gedekte peremtoire exceptien van art. 159 en 160 als nieuwe verweermiddelen in hooger beroep kunnen toelaten? De HH. HARTOGH en COSMAN leeren ons (op art. 141, bl. 57): „ten aanzien van exceptieve verweringen is de conclusie van antwoord beslissend. Komen zij in haar niet voor, dan zijn zij voor goed van de baan en is in haar slechts ééne voorgedragen, dan is met alle andere voor goed afgerekend — ook in hooger beroep." De grond, dien de artt. 155, 159—161 (oud) ons gaven om in art. 348 onder verwering ten principale ook eene categorie van exceptien te begrijpen, ontvalt ons, omdat hij daarin lag, dat de wet onderscheid maakt tusschen exceptien die vóór het antwoord moeten worden voorgesteld en de zoodanige die met het antwoord mogen of moeten worden vereenigd. Alleen de eerste worden gedekt, als zij niet voorgesteld waren, de anderen niet. Deze konden juist om de voorgeschreven vereeniging met het antwoord, wat aangaat het in art. 348 bedoelde gevolg, met verweermiddelen ten principale worden gelijkgesteld; nu moeten alle exceptien met het antwoord ten principale worden vereenigd, op straffe van verval. Alle niet in eersten aanleg voorgedragen

exceptien zijn alzoo vervallen; zij zijn in eersten aanleg gedekt en al brengt men ze tot verweermiddelen ten principale, dan sluit art. 348 ze toch uit, omdat ze gedekt zijn.

Het wordt er niet beter op, wanneer juist is het beweren der beide straks genoemde rechtsgeleerden (bl. 58) „dat ook naar de oude lezing van art. 348 de wetgever meer gevoelde voor de principale dan voor de exceptieve verdediging en dat die meerdere genegenheid terecht in de nieuwe wet overging." Want, ofschoon, gelijk wij zagen, de oude wet het voorbrengen van in eersten aanleg niet gedekte exceptien, met name de peremtoire, in hooger beroep veroorloofde, in de wijziging zou die meerdere genegenheid met geen andere bedoeling zijn uitgesproken dan om de bedoelde exceptien in hooger beroep uit te sluiten.

Wel vertrouwen de schrijvers dat „in het vervolg evenals voorheen aan de wetenschap en rechtspraak zijn overgelaten het onderscheid tusschen de beide hoofdsoorten van verweermiddelen, exceptie en verdediging ten principale vast te stellen, waarbij het dan te verwachten is, dat de oude artt. 159 1e lid en 160 der wet niet uit het oog zullen worden verloren." (bl. 58). Maar men vergete niet, dat het onderscheid daar wordt gemaakt met het oog op het afzonderlijk of te gelijk met het antwoord voorstellen der exceptien en dat juist op dit punt „de wet van 1896 alle excepties over ééne kam scheert," bl. 60. En dan zegt de nieuwe wet, m. a. w., dat niet alleen die exceptien welke de wetgever in art. 155 en 159 op 't oog heeft, op straffe van verval, met het antwoord moeten worden voorgesteld en dien tengevolge in hooger beroep niet meer voorgesteld kunnen worden, maar dat ook die van art. 160 vervallen, als zij niet in eersten aanleg worden voorgesteld en dus in hooger beroep niet meer voorgesteld kunnen worden.

Kon men nu, gelijk wij zagen, langs den weg eener bij uitnemendheid rationeele uitlegging aan de verwering ten principale in art. 348 (oud) eene ruime beteekenis toekennen en er de in art. 160 bedoelde exceptien onder begrijpen, met het nieuw artikel 348 gaat dit niet zoo geleidelijk, omdat er nu geen exceptien meer zijn die niet, door ze niet met het antwoord tegelijk voor te stellen, gedekt zijn.

Het is uit een en ander duidelijk, dat het nu van veel grooter belang wordt om het onderscheid tusschen principale en exceptieve verwering te preciseeren, dan dit tot nu toe het geval was. Want was eene exceptie niet die van art. 155 noch eene dilatoire van art.

159, maar behoorde zij met de drie in art. 160 genoemde tot de „overige" dan kwam het er voor het hooger beroep praktisch minder op aan, of men de exceptien als exceptie of als middel ten principale qualificeerde.

Wil men nu in dezen tot een bevredigende uitkomst geraken, dan moet men blijven vasthouden aan het denkbeeld dat tot de exceptien altijd eene categorie van verdedigingsmiddelen is gebracht, welke in hun gevolg met de verdedigingsmiddelen ten principale op één lijn kwamen, met name de peremtoire. Zoo kon de wetgever van 1830 in art. 292 zelfs spreken van „nieuwe exceptien, mits dezelve een verdediging ten principale opleveren," wat niet anders kan beteekenen dan dat zij peremtoir zijn. Ten opzichte van die peremtoire exceptien zal men dan moeten blijven aannemen dat zij in art. 348 onder de middelen ten principale zijn begrepen en dus ook nog in hooger beroep kunnen worden ingeroepen voor het eerst.

Omtrent die peremtoire exceptien welke gezegd worden den aard der actie te betreffen (O. 1820, art. 3289) lijdt dit m. i. geen twijfel omdat er in onze wet geene bepaling is te vinden, welke deze tot een exceptief verdedigingsmiddel stempelt. Wat de peremtoire betreft de zaak in geschil betreffende (O. 1820 art. 3287) bestaat, dunkt mij, ook geen bezwaar, omdat zij naar O. 1820, art. 3274, gezegd worden ook ten principale tot ontzegging van den eisch te kunnen worden ingeroepen. Zij ontleenden toch het karakter van peremtoire exceptien aan de omstandigheid dat de bewijslast op den verweerder drukt, terwijl zij naar hun inhoud als gequalificeerde ontkentenis, even goed verdedigingsmiddelen ten principale zijn als de volstrekte ontkentenis dit is. Met het oog op de bevoegdheid om ze als nieuwe weren in hooger beroep aan te wenden, kan er geen reden zijn, om ze anders dan als verdedigingsmiddel ten principale te behandelen. Wat de disqualificatoire exceptie betreft, deze ontleent het karakter van exceptie alleen aan de omstandigheid dat zij even als de processueele exceptien vóór het antwoord kon worden voorgesteld. Nu deze bevoegdheid is weggevallen, is zij niet anders dan een verweermiddel ten principale. De exceptien van dading en van gewijsde zaak verkeeren in hetzelfde geval, al is de reden, waarom zij afzonderlijk en vóór het antwoord konden worden voorgesteld daarin gelegen dat zij tot de exceptien zg. van litis finitie behoorden. De verjaring heeft onbetwistbaar het karakter van een exceptie en bepaaldelijk wanneer men aanneemt dat zij uitsluitend de actie doet

vervallen. Maar ook wanneer men met mij de sterkere werking aanneemt, dan is 't daarbij toch ook in de eerste plaats om 't verval der actie te doen. Wij vinden daarin zelfs het zuiver begrip van de romeinsche exceptio, als gegrond op een zelfstandig door de wet toegekend recht, terug. Doch de bepaling van art. 1988 maakt hier verdere discussie overbodig en moet haar in appèl als niet gedekt middel ten principale doen toelaten. Omtrent de voortdurende geldigheid van art. 1988 ben ik het dus met de H.H. HARTOGH en COSMAN bl. 62, geheel eens. Ging de wetgever bij de vaststelling van art. 1988 kennelijk uit van de veronderstelling, dat alle peremtoire exceptien nu in hooger beroep kunnen worden voorgesteld, die onderstelling zou kunnen vervallen, indien art. 348 te dien aanzien eene andere beteekenis had gekregen. Niettemin bleef toch art. 1988, maar dan als singuliere bepaling, zijne kracht behouden. Niet omdat de bijzondere bepaling in het B. W. staat, maar omdat het eene bijzondere bepaling is, die, onafhankelijk van verandering in den regel, hare kracht behoudt. Overigens deel ik ten aanzien van hetgeen de HH. HARTOGH en COSMAN daar nog meer over zeggen, hun gevoelen niet, gelijk blijkt uit hetgeen ik straks opmerkte.

Zoo meen ik dan te mogen aannemen, dat voor de toepassing van art. 348 alles bij het oude is gebleven en dat wij de peremtoire exceptien voortdurend onder de daar genoemde weren van rechte, die eene verdediging ten principale opleveren, mogen rangschikken en ze dus voor het eerst in hooger beroep kunnen worden voorgedragen. Maar dan ligt daarin ook vanzelf opgesloten, dat met al deze verweermiddelen, welke als verdediging ten principale moeten worden aangemerkt, de andere verdedigingsmiddelen ten principale in de conclusie van antwoord opgenomen, bij conclusie van dupliek kunnen worden aangevuld.

Zoo zal dan ook met evenveel recht nà als vóór de wet van 1896 worden beslist, dat, vermits eene exceptie van niet-ontvankelijkheid gegrond op gebrek aan inmorastelling, eene verdediging ten principale is, (Hof Groningen, 25 September 1865, N. R. Bijblad XVIII (1867) bl. 47, Hof Drenthe 30 December 1865 W. 2822) dit verdedigingsmiddel voor het eerst in hooger beroep kan worden aangevoerd. Evengoed nà als vóór de wet van 1896 zal de rechter, overwegende dat eene peremtoire exceptie met eene verdediging ten principale gelijkstaat, het voor het eerst voorstellen van dergelijke peremtoire exceptien in appèl, na art. 348, toegelaten achten. Hooge Raad 20 Juni 1856

W. 1761, en zal dit zoo blijven met name ten aanzien van de exceptie „haec actio tibi non competit contra me", Hof Noordholland 5 Januari 1846, Regtsg. Bijbl. VIII (1846) bl. 32. Hooge Raad 11 December 1846, W. 770 en de disqualificatoire, Hof Overijssel 22 April 1844. Regtsg. Bijbl. VI, (1844) bl. 606, Hof N.-Holland 27 Juni 1861, W. 2313, Hooge Raad 12 Maart 1863, W. 2466, al werden er op enkele punten ook afwijkende uitspraken gegeven.

Ook kan het de bedoeling van den wetgever niet geweest zijn hierin verandering te brengen. Integendeel blijkt uit de bewoordingen welke in art. 448 zijn ingelascht „waaronder niet begrepen is het geval, dat het recht om ten principale te antwoorden ingevolge art. 141 vervallen is" deze bevoegdheid in den ruimsten zin heeft willen doen behouden. Ware het anders, het recht van verdediging zou zonder eenigen afdoenden grond verkort en het hooger beroep voor een goed deel zijne nuttige strekking hebben verloren.

Het mag niet overbodig geacht worden nog een oogenblik stil te staan bij eene vergelijking van ons art. 348 met art. 464 C. de pr. De verandering in de redactie en vooral de weglating der in het eerste lid van laatstgenoemd artikel voorkomende woorden: „à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale" verdienen daarbij de aandacht. Ik laat daar de door de schrijvers algemeen erkende en dan ook niet te ontwarren verwarring, welke er in het antwoord der Regeering, vermeld bij v. d. Honert, omtrent het niet vermelden der compensatie in ons artikel, heerscht. Ik vraag alleen, of niet de fransche wetgever, met het uitdrukkelijk vermelden van de compensatie, alle andere middelen van bevrijding van verbintenis en daarmede het inbrengen van daarop gegronde middelen van verdediging (zg. peremtoire exceptien) in appèl heeft willen uitsluiten. Dit is evenwel volstrekt het geval niet. Art. 464 sluit in het geheel verdedigingsmiddelen niet uit, maar het wilde deze in den ruimsten zin (mits zij niet door verzuim van ze in eersten aanleg voor te stellen gedekt waren) in appèl toelaten. Daarom maakt het uitdrukkelijk melding van de compensatie, niet alleen omdat in deze eene vordering ligt opgesloten, maar omdat, wanneer de in vergelijking gebrachte schuld de gevorderde overtreft, ook het overschot bij reconventie in appèl zou kunnen gevorderd worden. Met „demande nouvelle", die niet anders is dan eene verdediging tegen de oorspronkelijke vordering, doelde het artikel op al die verweermiddelen, welke ook het voorwerp van eene vordering konden uitmaken als die

tot nietig verklaring van eene acte of van eene overeenkomst. Ook plegen de schrijvers de reconventioneele vordering daaronder te begrijpen. Zoo verschilt ons art. 348 van het fransche art. 464 alleen hierin, dat het, door uitdrukkelijk van verweermiddelen te spreken en daarbij geen onderscheid te maken, ook die welke het voorwerp van eene vordering kunnen uitmaken of, als de compensatie, eene vordering in zich bevatten, alle verweermiddelen zonder onderscheid in hooger beroep toelaat; de reconventie evenwel, als inderdaad eene nieuwe vordering zijnde, al wordt zij formeel als verdedigingsmiddel gebruikt, met de andere nieuwe vorderingen, in verband met art. 250 § ult. uitsluit, ook waar zij strekt tot betaling van hetgeen eene in vergelijking gebrachte schuld meer bedraagt, zoodat in dat geval dat meerdere in hooger beroep bij ons niet voor het eerst gevorderd kan worden. Of op die wijze niet de uitsluiting der reconventie in hooger beroep blijkt het doel voorbij te streven, en, als zij 't gevolg is van de toelating der reconventie ook zonder dat er eenig verband met de conventie bestaat, de onjuistheid van die leer er niet in uitkomt, schijnt mij weinig twijfelachtig. Van de straks bedoelde fransche schrijvers verg. men CARRÉ-CHAUVEAU op art. 464 vooral Q. 1674; BOITARD op art. 464 en GARSONNET V. § 972 b.

Hoogst billijk is evenwel de bepaling dat, indien de oorspronkelijke verweerder, tengevolge van de gegrondheid van het nieuwe voor het eerst in hooger beroep aangevoerde middel, in het gelijk wordt gesteld, hij veroordeeld zal kunnen worden in de kosten van het geding, welke tot op het voorbrengen van het nieuwe middel werden gemaakt, indien hij het middel in eersten aanleg had kunnen doen gelden. Immers tot zoolang hij het nieuwe middel niet had aangevoerd, bleef hij ongelijk hebben en werd hij terecht in het ongelijk gesteld door eigen schuld. Daar is hierbij evenwel aan den rechter ruimte in zijn oordeel verbleven, daar hij in de kosten zal k u n n e n veroordeelen. Immers zullen de omstandigheden van het bijzonder geval moeten uitwijzen in hoever de verweerder zijn nieuw middel had k u n n e n doen gelden. Valt hieraan niet te twijfelen, wanneer het nieuwe verdedigingsmiddel in eersten aanleg nog niet bestond (Verg. arr. Hooge Raad 4 December 1857, W. 1915), iets anders zal het worden, indien de verweerder eerst later in het bezit is gekomen van bewijsstukken die hij in eersten aanleg niet had. Dan kan het de vraag zijn, in hoeverre ook aan hem zelven de onmogelijkheid om de bewijsstukken voor te brengen te wijten ware.

Vasthoudende aan het zeer juiste beginsel dat hetzelfde geding in de hoogere instantie wordt voortgezet en, na met name te hebben aangewezen, met welke bijkomende vorderingen de eisch in eersten aanleg kon worden uitgebreid, kon de Ontwerper van 1865 het voorbrengen van nieuwe vorderingen in hooger beroep op eenvoudige wijze regelen en beperken tot de uitbreiding, die ook in eersten aanleg geoorloofd was verklaard, terwijl omtrent de verweermiddelen niets anders behoefde voorgeschreven te worden dan dat toegelaten werden in hooger beroep de middelen die in eersten aanleg niet waren verwerkt. Levert de te strenge bepaling van art. 134 tegen de toepassing van het beginsel bezwaar op, wat de verweermiddelen betreft heeft de nieuwe regeling van het voordragen dier middelen in eersten aanleg, bij de wet van 1896, ten gevolge, dat de verdediging ten principale in eersten aanleg kan zijn verwerkt, terwijl men om deze te doen gelden, het middel van hooger beroep zal moeten te baat nemen. Zie het Ontwerp 1865, art. 20 van Titel IV B. III en de toelichting.

De omvang van den strijd in hooger beroep ondergaat, behalve door incidenten, welke daarbij kunnen voorkomen, eene uitbreiding door het aanvoeren van middelen van niet-ontvankelijkheid, waartoe het zelf aanleiding kan geven. Zoo kan beweerd worden dat het vonnis niet vatbaar is voor hooger beroep, omdat de lagere rechter naar de bepaling der wet in het hoogste ressort vonnis wees. Voorts dat de termijn, binnen welken het hooger beroep moet worden ingesteld was verstreken, of dat nog niet verstreken was de termijn, binnen welken het hooger beroep niet mag ingesteld worden. Ook kan het beweren dat van het hooger beroep, uitdrukkelijk of stilzwijgend, met woord of daad, werd afgezien (berusting in het vonnis) een middel van niet-ontvankelijkheid opleveren. Niet-ontvankelijkheid.

Naar aanleiding van de omstandigheid dat, onder het wetboek van 1838, meer dan ééne categorie van exceptien vóór andere weren moesten of mochten worden voorgesteld en dus het onderwerp van eene afzonderlijke behandeling in het geding konden uitmaken, bracht ik bij de behandeling van het geding in eersten aanleg de exceptien tot de incidenten. Dl. III § 85. Zoo zoude ook art. 338 (oud) mij aanleiding hebben gegeven om de daar in verband met de toelichting

bij v. d. Honert op § 338, Handelingen der Staten Generaal 1836/37, Bijl. bl. 256, Ontw. 7, art. 4, bedoelde exceptien, waarvan ik den inhoud hierboven in den tekst aanwees, bij de incidenten te bespreken. Het voorschrift evenwel bij de wet van 1896 in het nieuw artikel 141 gegeven om alle exceptien met het antwoord ten principale te gelijk voor te dragen, moest natuurlijk ook in hooger beroep zijne toepassing vinden, hetgeen geschiedde door de afschaffing van art. 338, dat het afzonderlijk voorstellen der niet-ontvankelijkheden in hooger beroep hierboven bedoeld voorschreef, ofschoon ook vereeniging toelatende. Mocht nu, in strijd met het gebod om ze te vereenigen, eene of meer dezer exceptien afzonderlijk worden voorgesteld, dan zullen zij het uitsluitend onderwerp van den rechtsstrijd in hooger beroep uitmaken vermits art. 141, krachtens art. 347, in zijn geheel in hooger beroep toepasselijk zal zijn en alzoo niet alleen de niet voorgedragene exceptien maar ook het recht om ten principale te antwoorden vervallen zullen wezen. Indien ik evenwel terecht, hierboven bl. 81 v., het gevoelen verdedigde, dat op de hier genoemde redenen van niet-ontvankelijkheid: de onvatbaarheid van hooger beroep, het verloopen van den termijn en het nog niet verloopen van den termijn, door den rechter ook ambtshalve moet worden gelet, dan zal het verzuim om ze onmiddellijk bij het antwoord voor te stellen de partij meer formeel dan materieel van het recht berooven om daarvan gebruik te maken. Zeker zal hij daarover geen debat kunnen uitlokken in den vorm van conclusien en daardoor de tegenpartij tot tegenspraak en den rechter tot beslissing dwingen. Maar niets belet dat, bij pleidooi, 's rechters aandacht op deze niet-ontvankelijkheden in het hooger beroep gevestigd en op die wijze eene beslissing van den rechter ambtshalve worde uitgelokt.

Dat de exceptie, gegrond op berusting in het vonnis door den verweerder moet worden voorgesteld, als ontleend aan feiten welke de rechter van haar vernemen moet, is duidelijk.

TITEL II.

RECHTSPLEGING.

Evenals bij het rechtsgeding in eersten aanleg, komen hier de volgende bijzondere punten ter bespreking in aanmerking:

1°. het instellen van het hooger beroep en het gevolg daarvan,

2°. de verwering en de daaruit ontstaande strijd,

3°. de beslissing; alles bij den eenvoudigen door geen incidenten verwikkelden loop van het geding.

De incidenten zullen daarna het onderwerp van eene afzonderlijke § uitmaken.

§ 162. INSTELLEN VAN DEN EISCH. DE DAGVAARDING.

Zal de rechter in hooger beroep over eene uitspraak des lageren rechters oordeelen, dan moet het geding opnieuw en nu bij hem worden aangelegd. Gelijk dan iedere aanleg, naar den zin van art. 1, aanvangt met eene dagvaarding, zoo is ook hier eene dagvaarding noodig, waarbij dan het hooger beroep wordt ingesteld.

De dagvaarding is de eerste akte van dezen aanleg of rechtsgang. Daaraan behoeft geenerlei andere akte vooraf te gaan. Er wordt hier geene rechtsvordering in de eigenlijke en materieele beteekenis van het woord ingesteld, maar de behandeling van den bij den lageren rechter ingestelden eisch wordt voortgezet. Van eene sommatie, als bij het instellen van een eisch, om bijv. de niet-voldoening aan eene verbintenis te constateeren, te pas kan komen, kan geen sprake zijn. En waar bij sommige vorderingen een verlof des rechters vereischt wordt, valt dit ook in appèl weg, tenzij het te doen ware om een korteren termijn van dagvaarding te bekomen naar art. 7.

Het hooger beroep vangt aan met eene dagvaarding, behalve het incidenteel beroep, waarvoor eene dagvaarding niet te pas komt. Art. 339 § 2. Dagvaarding. a. vereischten.

De dagvaarding geschiedt in denzelfden vorm en met dezelfde vereischten als voor de dagvaarding in eersten aanleg zijn voorgeschreven. Zij behoeft evenwel niet in te houden de gronden waarop het hooger beroep steunt.

De dagvaarding wordt beteekend op dezelfde wijze als dit voor den eersten aanleg is bepaald. Afschriften van stukken behoeven daarbij echter niet overgelegd te worden. b. beteekening

Indien evenwel in hooger beroep een nieuwe eisch wordt gedaan, moet de dagvaarding de gronden en de strekking daarvan bevatten en Wanneer gronden?

behoort daarbij tevens afschrift van de daartoe betrekkelijke stukken te worden overgelegd. Art. 343 j^{is} 1 vv., 133.

Na hetgeen over de dagvaarding in eersten aanleg in Afd. I van Hoofdstuk VI (Dl. II §§ 50—60) is opgemerkt, behoef ik hier slechts op enkele punten terug te komen. In het algemeen toch maakt art. 343 de bepalingen die voor de dagvaarding in eersten aanleg gelden in hooger beroep toepasselijk, daarbij natuurlijk doelende op die bepalingen, welke de wet zelve als algemeene bepalingen van alle gerechten in de eerste en ook in de zevende afdeeling van Titel I geschreven had. Toch begreep de wetgever, die zevende afdeeling nog eens in het bijzonder toepasselijk te moeten verklaren in a. 343 § 2. Eigenlijk had alleen art. 133 toepasselijk verklaard behoeven te worden.

Het incidenteel beroep kan, in formeelen zin, met een reconventioneelen eisch worden vergeleken. Gelijk voor dezen laatsten eene dagvaarding niet noodig is, omdat de partij, tegen welke de reconventioneele eischer ageeren wil, reeds als eischer in conventie tegenover haar staat, in het geding waarin zij zelve den reconventioneelen eischer als verweerder daagt, zoo is het ook met het incidenteel beroep, hetwelk de gedaagde in beroep tegenover den eischer in beroep doet gelden. En gelijk de eischer in conventie door een procureur vertegenwoordigd in het geding staat en daarom op de reconventie van zelf vertegenwoordigd is, zoo is het ook met den appellant tegen wien het incidenteel beroep gericht wordt.

A. Inhoud van de dagvaarding.

Eischer en gedaagde moeten worden aangewezen overeenkomstig art. 5 no. 1 en 2, terwijl volgens art. 133 bij de dagvaarding procureur moet gesteld worden met keuze van woonplaats, indien die niet bij den gestelden procureur gekozen wordt.

Eischer in hooger beroep wordt de in het ongelijk gestelde in eersten aanleg, die het oordeel des hoogeren rechters over de beslissing des lageren inroept; gedaagde of verweerder in hooger beroep is de in eersten aanleg in het gelijk gestelde. Zoo kunnen bij den strijd over de juistheid van het gewezen vonnis de rollen verwisseld worden doch, met opzicht tot het recht of de rechtsbe-

trekking in geschil, blijft eischer hij die het geding bij den eersten rechter aanlegde, gedaagde hij tegen wien dit geschiedde.

De eisch. Hierbij ontmoeten we een belangrijk verschil. Terwijl art. 5 no. 3 vordert de vermelding van de middelen en het onderwerp van den eisch (m. a. w. de strekking van den eisch en de rechtsfeiten waarop hij steunt), behoeft de dagvaarding in hooger beroep „de middelen op welke het hooger beroep gegrond is," zooals de wet zegt, d. i. de gronden waarop de eischer de juistheid van des eersten rechters beslissing betwist, „niet uit te drukken." Alleen het onderwerp d. w. z. de strekking van den eisch van hooger beroep behoeft te worden vermeld. Deze is gemakkelijk aan te geven. De appellant, die geheel of gedeeltelijk in het ongelijk werd gesteld bij het vonnis van den eersten rechter, verlangt herstel van het hem daardoor aangedaan onrecht. Dit zal alleen kunnen geschieden door vernietiging van het eerste vonnis in zijn geheel of, voor zoover dit hem nadeelig is, bij een nieuw vonnis dat hem gelijk geeft. Hij vraagt derhalve van den hoogeren rechter dat deze versta, dat er wèl is geappelleerd en kwalijk gevonnist en dat de hoogere rechter mitsdien, het in eersten aanleg gewezen vonnis vernietigende, den appellant alsnog den door hem in eersten aanleg gedanen eisch zal toewijzen en den geintimeerde veroordeelen tot voldoening aan dien eisch, waarvan dan de inhoud volgt. Of, werd de gedaagde in eersten aanleg in 't ongelijk gesteld en jegens den eischer veroordeeld, dan vraagt hij dat de hoogere rechter den eischer in zijn in eersten aanleg ingestelden eisch niet-ontvankelijk verklare, immers hem dien ontzegge. In beide gevallen wordt daarbij gevorderd veroordeeling van den geintimeerde in de kosten van beide instantien. Dat de appellant bij de dagvaarding, die uitsluitend tot den geintimeerde gericht is, geene gronden voor zijn beroep behoeft aan te geven, verklaart zich gereedelijk. In de eerste plaats zijn de middelen van eisch en verwering uit het in eersten aanleg gevoerde geding bekend. Zij worden in appèl niet op nieuw voorgesteld, maar de strijd over hunne al of niet gegrondheid wordt tusschen partijen voortgezet. Maar ten andere, al ware dit het geval niet, hij die eens een vonnis in zijn voordeel heeft verkregen, zal in het algemeen zich wel niet hebben te bedenken, of hij het hooger beroep zal tegenspreken of niet. Want zelfs wanneer eens de rechter, zonder over het door eene partij aangevoerde verweermiddel uitspraak te doen, ambtshalve eene niet-ontvankelijkheid toepaste, welker onjuistheid de ver-

weerder niet heeft kunnen tegenspreken, hij zou zich op het hooger beroep toch partij stellen, omdat hij de door hem gevoerde bewering aan het oordeel des hoogeren rechters zou willen onderwerpen.

In verband met deze overwegingen maakte onze wetgever zeker de bepaling dat, wanneer de dagvaarding eene nieuwe vordering behelst, wat art. 348 met opzicht tot de daar vermelde toelaat, „de middelen en het onderwerp daarvan" behooren vermeld te worden. Misschien ligt er ook een strenge toepassing in van het verbod in art. 134 voorkomende, om het onderwerp van den eisch na de dagvaarding te vermeerderen. Geen van deze redenen gaan evenwel met opzicht tot de onder n⁰. 1 en 2 van art. 348 vermelde nieuwe vorderingen op. Over de provisien spreek ik bij de incidenten. De wetgever had, dunkt mij, het formuleeren van beide vorderingen wel aan de conclusie van eisch in appèl kunnen overlaten. Indien het voorschrift evenwel goedkeuring verdient, dan had het wel mogen worden uitgestrekt tot de nieuwe verweermiddelen welke in appèl kunnen worden aangevoerd en waarmede de geintimeerde nu eerst bekend wordt nadat hij het geding in hooger beroep aanvaardde. Hij moge al tegen eene veroordeeling in de kosten gevrijwaard zijn, indien de verweerder ze reeds in eersten aanleg had kunnen doen gelden, waar dit niet het geval is, staat hij aan eene veroordeeling in de kosten bloot en in elk geval had hij het geding spoediger een einde kunnen doen nemen door er niet op in te gaan.

Dat er, waar geen middelen in de dagvaarding voorkomen ook geen stukken tot staving daarvan behoeven beteekend te worden, ligt voor de hand. Ik heb evenwel niet geaarzeld om ook de uitzondering omtrent de beteekening van afschrift der stukken, ten opzichte van de nieuwe vorderingen te doen vervallen. De woorden van het artikel zijn ook met deze zijne kennelijke bedoeling niet in strijd. In beginsel behoort zeker die beteekening plaats te hebben, doch de bijvoeging: „zoo ze er zijn" ware daarbij wellicht niet misplaatst.

Cumulatie. Verg. § 56 Dl. II, bl. 17 vv. Wanneer in eersten aanleg meer eischers zijn opgetreden, omdat het recht in geschil alleen aan allen te zamen toekomt of meer verweerders omdat het recht alleen tegen hen gezamenlijk kan worden geldend gemaakt, behooren ook alle gezamenlijk in hooger beroep op te treden. Ieder hunner is dan op zichzelf tot hooger beroep niet bevoegd, evenmin als hij in eersten aanleg bevoegd was om alleen tot vervolging of

verdediging op te treden. En hetzelfde geldt indien van de aldus gezamenlijk in eersten aanleg opgetreden eischers of verweerders, een als geintimeerde in hooger beroep werd geroepen. Zijn daarentegen meer eischers of meer verweerders gezamenlijk in eersten aanleg opgetreden tengevolge van de verknochtheid hunner overigens zelfstandige vorderingen, als die van meer erfgenamen als schuldeischers of als schuldenaren, dan staat het hooger beroep aan ieder hunner vrij; zij zijn in het instellen daarvan of in het verschijnen daarop van elkander niet afhankelijk; als een der veroordeelde erfgenamen (mede-schuldenaar) in beroep komt, behoeven de anderen dit niet alleen niet te doen, maar zij hebben deze ook niet in het geding te roepen. De schuldeischer die tegen hen gezamenlijk als erfgenamen, ieder voor hun deel optrad, vereenigde in zijn eisch hem tegen ieder der erfgenamen afzonderlijk toekomende vorderingen (*).

Objectieve cumulatie, die hier zou moeten bestaan in het samenvoegen van twee, in eersten aanleg afzonderlijk behandelde, niet gevoegde zaken, bij ééne dagvaarding in hooger beroep, is niet toe te laten. Men bedenke slechts dat in hooger beroep het geding, dat in eersten aanleg gevoerd werd, wordt voortgezet. De twee gedingen die tot dusver hun eigen gang gingen, blijven hun eigen gang tot het einde toe gaan. Terecht oordeelde in dien zin de Rechtbank van 's-Gravenhage. 9 Febr, 1897, W. 6959.

De aanwijzing van den rechter. Ook in de dagvaarding van hooger beroep moet natuurlijk het rechterlijk college, hetzij Rechtbank, Hof of Hooge Raad met name worden aangewezen. Welke deze is, zagen wij hierboven bl. 53. Die bevoegdheid hangt alzoo niet als in eersten aanleg, volgens art. 126, van de daar aangewezen omstandigheden en den aard der in te stellen vordering af, maar van de vraag, welke de hoogere rechter is in de rechterlijke hierarchie boven den rechter die het vonnis wees. Aan dezen wordt de rechtsmacht in hooger beroep met uitsluiting van andere opgedragen. Van verdeeling van rechtsmacht tusschen meer op zichzelf even bevoegde colleges is hier geen sprake.

Wat betreft den in het exploit te vermelden tijd waarop de

(*) Ik maak van de gelegenheid gebruik hier een fout te verbeteren, die ik Dl. II, bl. 18 beging. De woorden daar voorkomende r. 18 v. b. „de vordering—ingesteld" moeten geschrapt worden. Gelijk voldoende blijkt uit de verdere behandeling op bl. 21 en 22, is die vordering op bl. 18 verkeerd aangehaald, als een voorbeeld van verknochtheid.

geintimeerde verschijnen moet, de vermelding van den deurwaarder en den persoon aan wien afschrift van het exploit gelaten wordt, kan ik volstaan met naar Dl. II § 56 te verwijzen. Omtrent den dag, waarop het exploit gedaan wordt, heb ik, in verband met hetgeen ik te dien aanzien in Dl. II bl. 30 onder VII zeide, alleen te herinneren dat in den tijd van den dag waarop een exploit niet, of niet dan met verlof van den Voorzitter van het college mag beteekend worden, bij de wet van 1896 deze verandering is gebracht, dat die tijd thans is bepaald op vóór zeven uren des morgens en na acht uren des avonds, en dit gelijkelijk in alle maanden van het jaar. Zie art 15 (nieuw).

B. Wijze van exploiteeren; uitwendige vereischten van het exploit.

Zie § 57, Dl. II, bl. 31 vv. De aanvulling welke in art. 4 in n°. 7 en 8, bij de wet van 1896 werden aangebracht, behoef ik hier niet te bespreken. Opmerking verdient alleen dat wanneer de eischer van een bij verstek gewezen vonnis in hooger beroep komt, hij het exploit aan den bij verstek veroordeelden gedaagde op dezelfde wijze doet beteekenen als ware er niet bij verstek veroordeeld. In cassatie moet in zoodanig geval van het exploit in de dagbladen aankondiging worden gedaan, art. 401; waarom niet hier?

C. Termijnen.

Ten aanzien van dit onderwerp, in § 58 door mij behandeld, slechts twee opmerkingen:

1°. Naar de wijziging in art. 7, bij de wet van 1896, gebracht, kan de president van het college ook op een mondeling verzoek des eischers den termijn van dagvaarding verkorten. Men meende evenwel ook het schriftelijk verzoek te moeten behouden.

2°. Over de anticipatie, waarmede de wetgever van 1838 zich alleen bij het hooger beroep, in art. 344, bezighield, handelde ik in § 58 ook met het oog op het rechtsgeding in eersten aanleg, omdat ik, in overeenstemming met het algemeen aangenomen gevoelen, van oordeel was, dat art. 344 bij analogie in eersten aanleg moet worden toegepast. De wet van 1896 regelde dit onderwerp bij de wijze van procedeeren voor de colleges in eersten aanleg in art. 136, en

maakte dit voorschrift bij art. 353 op de procedure in hooger beroep toepasselijk. Het regelde de anticipatie meteen in meer bijzonderheden. Deze behoort dan te geschieden bij eene actie die tevens procureurstelling inhoudt. Deze bepaling was noodig omdat, naar art. 137 (nieuw), de procureurstelling in den regel door eene verklaring ter terechtzitting geschiedt en den verweerder niet kon worden toegelaten eene proceshandeling te verrichten anders dan door tusschenkomst van haren procureur. Uitdrukkelijk wordt er ook bijgevoegd, dat de beteekening aan den procureur des eischers moet geschieden, ofschoon dit reeds volgt uit art. 133 § 3. Voorts bepaalt de nieuwe wet den termijn, welken de verweerder bij de verkorting heeft in acht te nemen. Hij moet de eischer ten minste vijf dagen gunnen om te verschijnen en als er medegedaagden zijn, die aan de anticipatie niet meedoen, dan moet aan ieder hunner de termijn gelaten worden, waarop zij volgens de wet aanspraak hebben. De termijn zal dàn, naar art. 12, die zijn, welke voor den verst verwijderd wonende bepaald is. Mochten daarentegen meer dan een gedaagde op hun eigen houtje te werk gaan, dan geldt de oproeping tegen den vroegsten rechtdag, doch altijd zóó dat de vijf dagen vrij blijven en dat ieder medegedaagde, die niet meedeed, zijn termijn houde. Heel eenvoudig is die regeling niet. Eenvoudiger ware zeker de bepaling dat medegedaagden zich over de anticipatie en den termijn op welken de oproeping zal geschieden hebben te verstaan, doch ingeval de eischer met een der gedaagden samenspande, zou hij op zeer langen termijn kunnen dagvaarden en de met hem verstand houdende gedaagde kon de bevoegdheid tot anticipatie illusoir maken. Dergelijke praktijken zouden niet ver te zoeken zijn.

De aangegeven termijnen moeten, op straffe van nietigheid, worden in achtgenomen. De rechter zal die nietigheid uitspreken, wanneer de eischer op den bij anticipatie aangewezen rechtdag niet mocht verschijnen. Voor dàt geval toch, heeft hij de inachtneming van den termijn ambtshalve te onderzoeken. Want ofschoon de wetgever in art. 75 bij het verleenen van verstek tegen den eischer aan den rechter wel niet voorschrijft, gelijk in art. 76, om te onderzoeken of de termijnen in acht genomen zijn, zal hij dit van zelf moeten doen om te constateeren dat de eischer ten beteekenden dage, d. i. hier de bij anticipatie aangewezen dag, niet verscheen. Bleek toch de beteekening van dien dag nietig te zijn, de dag kon niet als de beteekende dag worden aangemerkt, en de bij dagvaarding

aangewezen dag, is dan de dag gebleven waarop eischer, zoowel als gedaagde, verschijnen moet. Verschijnt de eischer, dan wordt op de nietigheid niet gelet, indien hij zich daarop niet beroept.

D. Nietigheid van de dagvaarding.

Nietigheid. De bepalingen welke omtrent de nietigheid van de dagvaarding in de zevende afdeeling van den eersten titel van het Ie boek voorkomen, zijn ook op de dagvaarding in hooger beroep van toepassing. Art. 343 § 2.

Dat art. 454 C. de pr. uitdrukkelijk de nietigheid uitsprak van de dagvaarding in hooger beroep wegens verzuim der daar aangewezen formaliteiten, was even natuurlijk als vreemd mag heeten de bepaling van art. 343 § 2, waarbij de zevende afdeeling van Titel I op het hooger beroep van toepassing wordt verklaard. Het is alsof onze wetgever reeds bij den VIIen titel vergat, dat hij, in afwijking van den Code, in een eersten titel algemeene bepalingen omtrent de wijze van procedeeren voor alle gerechten had opgenomen en dat de bepalingen van de zevende afdeeling van nietigheid daartoe behooren. De bepaling zal wel een terugslag zijn op het oorspronkelijk art. 285 W. 1830, hetwelk voor meer dan eene in de dagvaarding niet in acht genomen formaliteit van die, welke de dagvaarding in eersten aanleg vorderde, nietigheid uitsloot.

Terwijl ik hier naar de behandeling van de nietigheid der dagvaarding in eersten aanleg in Dl. II, § 59 kan verwijzen, merk ik alleen op dat, aangezien geene middelen in het exploit behoeven te worden opgenomen, van een „obscurus libellus" in hooger beroep nauwelijks sprake kan zijn. Door het vervallen van art. 93 bij de herziening van 1896, zal de geintimeerde op eene dagvaarding, waarvan hij de nietigheid beweert, moeten voortprocedeeren en met de daarop gegronde exceptie zijne andere verdedigingsmiddelen moeten vereenigen, wil hij zich niet van elke verdere verdediging verstoken zien, als zijne exceptie niet gegrond mocht worden bevonden. Art. 347 jo. 141.

Zal de appellant, wanneer hij beweert dat de termijn voor de anticipatie voorgeschreven, niet werd in acht genomen zich daarop kunnen beroepen, zonder op de hoofdzaak te concludeeren? Het ware ongerijmd, indien hij daartoe verplicht ware. Zal men dan zeggen, dat de appellant geene verweermiddelen heeft voor te dragen? Maar, als hij in eersten aanleg verweerder was?

E. Gevolgen van de dagvaarding.

Evenals bij de behandeling in eersten aanleg de gevolgen van het instellen van den eisch met de dagvaarding in verband werden gebracht, omdat de eisch in den regel bij eene dagvaarding ingesteld wordt, zoo verbind ik hier de gevolgen van het hooger beroep aan de dagvaarding, omdat ook het hooger beroep in den regel met eene dagvaarding aanvangt.

Schorsing van tenuitvoerlegging.

Het appèl heeft eene devolutieve kracht en daarvan is 1°. Schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis het gevolg.

Het hooger beroep schorst de tenuitvoerlegging van het vonnis, indien daarbij niet is bepaald dat het bij voorraad kan worden ten uitvoer gelegd. Voor de schorsing van de tenuitvoerlegging kan het beroep van incidenteele en interlocutoire vonnissen niet dienen, wanneer de rechter daarbij verklaard heeft dat het hooger beroep daarvan niet dan tegelijk met dat van het eindvonnis kan worden ingesteld. artt. 350, 337 § 2. Schorsing heeft dan van zelf geen plaats.

Partijen zijn door het vonnis van den eersten rechter gebonden en de in het ongelijk gestelde partij is daaraan gehoorzaamheid verschuldigd, al deed de rechter in eersten aanleg uitspraak onder hooger beroep. De triumfeerende partij is derhalve volkomen bevoegd om het vonnis, na verloop van de in art. 342 § 2 bedoelde acht dagen, ten uitvoer te doen leggen. Wil de andere partij die tenuitvoerlegging niet, dan moet zij van het vonnis in hooger beroep komen, daardoor te kennen gevende, dat zij het geding wil voortzetten in de tweede instantie, welke de wet als waarborg voor een juiste beslissing heeft verordend. Maar, terwijl dan daardoor de zaak weder op losse schroeven wordt gesteld, daar verandering van de beslissing mogelijk is, ligt de bepaling voor de hand, dat de tenuitvoerlegging door het hooger beroep wordt geschorst. Dit is zoowel toepasselijk op het geval dat de tenuitvoerlegging een aanvang had genomen, als op het geval dat met die tenuitvoerlegging nog geen aanvang was gemaakt. Toch kunnen er gevallen zijn, dat nauwlijks eene verandering van het vonnis kan worden verwacht of dat uitstel schadelijker moet geacht worden, dan de onmiddellijke tenuitvoer-

legging, al moet daarop later, door de vernietiging van het vonnis, worden teruggekomen. De wetgever is bij de oorspronkelijke vaststelling van art. 53 aan dit beginsel getrouw gebleven. Minder toen hij in 1896 aan n°. 7 met jaargelden of uitkeeringen tot levensonderhoud verbond: in het algemeen voldoening eener bepaalde geldsom. Eene correcte nomologie vordert dat onder één no. in hetzelfde artikel gelijksoortige gevallen worden saamgevoegd, die uitvloeisel zijn van hetzelfde beginsel. Dit ontbreekt hier. Want men heeft niet gewild dat veroordeelingen tot een bepaalde geldsom eerst dàn bij voorraad uitvoerbaar zouden worden verklaard, wanneer, zooals bij jaargelden of uitkeeringen tot levensonderhoud, dadelijke behoefte aan de voldoening bestaat. Of een rechter daarom niet rationeel zou handelen door het artikel dus op te vatten, is eene andere vraag. Terwijl het verder zeer juist is te stellen dat jaargelden of uitkeeringen tot levensonderhoud onder voldoening eener bepaalde geldsom niet begrepen zijn, is in strijd daarmede gesproken van in het algemeen, want van dat algemeen moet nu de voorafgaande speciale vordering wel eene soort zijn. De HH. HARTOGH en COSMAN, bl. 18, trachten de minstens weinig correcte redactie te verdedigen met de opmerking: „De koppeling van de voorgestelde bijvoeging aan hetgeen in no. 7 reeds bepaald was, geschiedde slechts om vernummering van het bestaand artikel te voorkomen." Maar zijn er niet meer dan één artikel bis of met een letter aangeduid in de wet gebracht? „Het toegevoegde" dus vervolgen zij, „is dus niet gesubordonneerd aan het bestaande; evenmin het bestaande aan de toevoeging." Strenger veroordeeling van de redactie is wel niet denkbaar. Het is of wij op het punt van het redigeeren der wetten sedert 1838 niets hebben geleerd! Is de redactie te veroordeelen, omdat ongelijksoortige zaken worden saamgekoppeld, ook de uitbreiding van de voorloopige uitvoerbaarverklaring tot alle veroordeelingen tot voldoening van een bepaalde geldsom, blijf ik verkeerd achten en, zooals ik zeide, niet in overeenstemming met het beginsel dat aan het geheele artikel 53 tot grondslag ligt. En wordt dan hier op de veiligheidsklep gewezen, welke in het woordje kan van den aanhef ligt, zoodat de toepassing in ieder bijzonder geval van het oordeel des rechters afhangt, ik antwoord dat alle andere in het artikel bedoelde veroordeelingen uit haren aard en in het algemeen de noodzakelijkheid eener uitvoerbaarverklaring bij voorraad medebrengen, zoodat in een bijzonder

geval de niet-noodzakelijkheid moet blijken, zal de rechter haar afwijzen. Bij veroordeeling tot voldoening eener geldsom zal daarentegen de noodzakelijkheid voor ieder bijzonder geval moeten worden aangetoond. Verg. mijne Adviezen in de Eerste Kamer, bl. 41.

De niet gemakkelijk te beantwoorden vraag, of en in hoeverre aan een onregelmatig ingesteld appèl schorsende kracht moet worden toegekend, wordt in een uitnemend opgezet betoog behandeld door Mr. J. Ph. Suyling in Rechtsg. Magaz. XV (1896) bl. 207 vv. Het wil mij evenwel voorkomen dat, om den geest der wet met opzicht tot dit vraagstuk te bepalen, aan het laatste lid van art. 82 meer invloed moet worden toegekend.

Met opzicht tot incidenteele en interlocutoire vonnissen heeft de (nieuwe) bepaling van art. 337 § 2 in hoofdzaak het gevolg van eene uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Doch evenals eene zekerheidstelling hier is uitgesloten, kan hier ook van hooger beroep geen sprake zijn voordat het eindvonnis gewezen is en dan niet anders dan tegelijk met het hooger beroep van dit eindvonnis. Wanneer, niettegenstaande 's rechters verklaring dat het hooger beroep niet kan worden ingesteld, de in het ongelijk gestelde partij in hooger beroep mocht komen, kan dit hooger beroep de tenuitvoerlegging van het vonnis niet schorsen. De partij welke desniettemin met dit beweren mocht komen bij den rechter, die het vonnis voorshands onberoepbaar verklaarde, zal bij dezen geen gehoor vinden. Die rechter zal natuurlijk de uitvoering van zijn vonnis, niettegenstaande het door hem verboden appèl doen voortzetten en de hoogere rechter kan niet anders dan het ingestelde beroep van een vonnis dat de lagere rechter overeenkomstig de wet niet beroepbaar verklaarde, niet-ontvankelijk verklaren. Art. 350 kan daaraan niet in den weg staan. Verg. Hartogh en Cosman op art. 337 bl. 128. Zie boven bl. 89 vv.

Het devolutief karakter van het appèl brengt voorts mede, dat de eerste rechter van de zaak af is en al wat aan zijn vonnis te verbeteren valt wordt beoordeeld en desnoods verbeterd door den rechter in hooger beroep. Dit is bepaaldelijk van toepassing op het geval dat eene tenuitvoerlegging bij voorraad buiten de wet niet toegelaten of bevolen is. Artt. 54, 351, 352. **Devolutief karakter.**

Art. 54 maakt eene toepassing van het devolutief karakter van het hooger beroep ten aanzien van de uitvoerbaarverklaring van het vonnis bij voorraad, door te bepalen dat, indien de rechter de voorloopige tenuitvoerlegging niet bevolen heeft, hij dit niet bij nader vonnis kan doen, en ditzelfde geldt voor het geval dat hij het beval buiten de gevallen bij de wet toegelaten. Voor dit laatste geval was 't evenwel niet noodig het in art. 54 te bepalen. Het is te duidelijk dat eene verkeerde beslissing niet anders dan door het daartoe aangewezen middel, als hooger beroep, kan verbeterd worden. Niet zóó duidelijk is dit van eene aanvulling van wat niet of verzuimd werd te bepalen. Het verbod ten opzichte van dit laatste punt aan den lageren rechter gegeven, stelt de strenge toepassing van het devolutief karakter van het hooger beroep ten duidelijkste in het licht. En zoo voegt de wetgever er dan ook in art. 54 onmiddellijk aan toe: „onverminderd nogtans het recht van partijen om in hooger beroep dit te vorderen" nl. te vorderen, dat het vonnis alsnog bij voorraad uitvoerbaar verklaard worde."

De wijze waarop dit behoort te geschieden bepalen de artt. 351 en 352, waarover nader.

Uit dit devolutief karakter van het hooger beroep volgt ook dat alleen aan den hoogeren rechter het oordeel toekomt, of het hooger beroep al of niet de tenuitvoerlegging schorst, daar aan hem het oordeel is verbleven of het vonnis al of niet terecht voorloopig uitvoerbaar verklaard werd. Hierin heeft evenwel de nieuwe bepaling van art. 337 § 2 wijziging gebracht. Want daaruit volgt, gelijk wij straks zagen, dat de vraag, of al of niet dadelijk hooger beroep van een incidenteel of van een interlocutoir vonnis kan worden ingesteld, aan het oordeel des lageren rechters is opgedragen. Iets anders zou het natuurlijk zijn, indien de lagere rechter van de hem in art. 337 § 2 toegekende bevoegdheid gebruik ging maken ten aanzien van eene provisie. De in het ongelijk gestelde partij zou dan, op grond van art. 337 § 1, dadelijk van dit vonnis in hooger beroep kunnen komen, en de hoogere rechter zou hebben uit te maken, of het vonnis al of niet op eene provisie was gewezen en derhalve de rechter in eersten aanleg al of niet bevoegd was het hooger beroep daarvan tot aan het eindvonnis uit te sluiten. Zoo zal ook de hoogere rechter hebben te beoordeelen of een vonnis waarvan in hooger beroep werd gekomen een preparatoir vonnis is, waarvan de wet het afzonderlijk hooger beroep verbiedt.

Het devolutief karakter van het hooger beroep doet zich ook daarin kennen dat de hoogere rechter de zaak beoordeelt en beslist in haren geheelen omvang, zooals zij aan het oordeel des lageren rechters is onderworpen geweest. Doch het hooger beroep kan dan door de partij die het instelt tot enkele gedeelten van de beslissing worden beperkt, gelijk ook, waar meer personen als eischers of als gedaagden in eersten aanleg zijn opgetreden, elk voor zich van het vonnis in hooger beroep kan komen, voor zoover het recht of de rechtsbetrekking in geschil dit toelaat. Daarbij geldt het adagium: tantum devolutum quantum appellatum. Devolutief karakter. Vervolg.

Zie over het optreden van enkelen waar meer te zamen in eersten aanleg optraden, op bl. 122 de aldaar besproken cumulatie.

De devolutieve kracht van het hooger beroep wordt in een zeer ruimen zin toegepast, waar de wetgever den rechter in hooger beroep de bevoegdheid toekent om, bij bekrachtiging of vernietiging van een interlocutoir of van een op een incident gewezen vonnis, bij een en hetzelfde eindvonnis ook de hoofdzaak te beslissen. Art. 355 § 2, 356. Evenzeer in die gevallen waarin de wetgever aan partijen de bevoegdheid toekent, om aan den rechter in hooger beroep, in verband met eene van hem gevraagde beslissing omtrent een interlocutoir of op een tusschengeschil gewezen vonnis, of in geschillen over bevoegdheid, ook de beslissing van de hoofdzaak op te dragen. Art. 355 § 2, 356 § 2, 357, 358 1°. Devolutie van de hoofdzaak bij incident.

In alle deze gevallen wordt de rechtsmacht van den rechter in hooger beroep uitgebreid, hetzij doordien de wet afwijkt van den regel, dat de rechter in hooger beroep geroepen is om te oordeelen over vonnissen door den lageren rechter in eersten aanleg gewezen en hem bevoegd maakt om de hoofdzaak in eersten aanleg als rechter in hooger beroep te beslissen, hetzij doordien aan de partijen de bevoegdheid wordt toegekend om den rechter in hooger beroep bevoegdheid op te dragen (prorogatie) om eene zaak waarin de rechter in eersten aanleg nog geen vonnis heeft gewezen in het hoogste ressort te beslissen. De devolutieve kracht van het hooger beroep, werkt hier alzoo in dien zin, dat, naar aanleiding van het hooger beroep van een interlocutoir van een incident of van een uitspraak

over bevoegdheid, de rechter in hooger beroep bevoegd wordt om ook van de hoofdzaak kennis te nemen, niettegenstaande daarover in eersten aanleg geen uitspraak werd gedaan.

De gevallen waarin de wet zelve de devolutieve kracht van het appèl laat werken komen hierop neder:

De hoogere rechter kan de hoofdzaak tot zich trekken en daarop in het hoogste ressort rechtdoen:

1° wanneer hij in hooger beroep een in eersten aanleg gewezen interlocutoir of een vonnis op een incident gewezen bekrachtigt en het geding zich in dien staat bevindt dat daarover bij een en hetzelfde eindvonnis kan worden beslist;

2° bij vernietiging van een interlocutoir;

3° bij vernietiging van een vonnis op een incident gewezen, wanneer het geding zich bevindt in dien staat dat daarover bij een en hetzelfde eindvonnis kan worden beslist.

Dit zg. recht van evocatie, hetwelk onze wetgever aan art. 473 C. de pr. ontleende en waaraan hij, bij de herziening van 1837, eenige uitbreiding gaf, is in den Code uit de ordonnantie van 1667 tit. VI art. 2, die het, op het voorbeeld van de ord. van 1579 art. 149, aan het canonieke recht ontleende, overgegaan. Zie GARSONNET § 983 V. p. 311. Zeker wordt daarmede de devolutieve kracht van het appèl uitgebreid en eene uitzondering gemaakt op den regel: „tantum devolutum quantum appellatum," welke den omvang van den strijd in hooger beroep niet van den wil des rechters, maar van dien der partijen afhankelijk maakt. Want hier zijn het niet de partijen die rechtsmacht opdragen (zooals in de straks te bespreken gevallen) en daarmede bepalen wat zij verlangen door het beroep aan het oordeel van den hoogeren rechter te onderwerpen, maar het is de rechter, die buiten den wil van partijen, de hoofdzaak tot zich trekt, waardoor partijen van de tweede instantie voor de hoofdzaak beroofd worden. Hier moet dan wel de overweging gegolden hebben, dat een herhaald hooger beroep, na terugwijzing der zaak aan den eersten rechter, het geding zóó verwikkelt dat de daaruit ontstane langere duur en vermeerdering van kosten van het proces niet tegen het voordeel van het hooger beroep opwegen.

Toch is het niet te ontkennen dat het nut van het hooger beroep, waar het, vóór het eindvonnis, van interlocutoire of op incidenten gewezen vonnissen wordt ingesteld, door den wetgever zelf twijfelachtig wordt gemaakt. Nu is daar in het geval dat een interlocutoir

vernietigd wordt wel dit vóór te zeggen dat aan den lageren rechter dan het oordeel onttrokken wordt van eene zaak, waarin hij, naar het oordeel van den hoogeren rechter, bij het wijzen van een interlocutoir of van het incidenteel vonnis, onjuist had geoordeeld en het alzoo voor beide partijen nuttig kan worden geacht, den eersten rechter van de kennisneming der zaak verder uit te sluiten. Daartoe beperkte dan ook de fransche wetgever het recht van evocatie in art. 473. Zoo merkt GARSONNET terecht op, dat het wel vreemd zou mogen heeten dat de hoogere rechter de kennisneming van de zaak aan den lageren rechter ging onttrekken, op hetzelfde oogenblik dat hij een door hem gewezen interlocutoir bevestigt en daarmede goedkeurt de richting welke de lagere rechter aan de beoordeeling van de zaak gaf. Zoo heeft ook onze wetgever de verwijzing naar den rechter van eersten aanleg bij bevestiging van het interlocutoir of van het incidenteel vonnis op den voorgrond gesteld art. 355 § 1. Toch geeft hij het recht van evocatie ook in dit geval, indien het geding in dien staat is dat daarover bij een en hetzelfde eindvonnis kan worden beslist. Men zal dan daarbij wel moeten denken aan het geval dat bij interlocutoir vonnis het verzoek om een bewijsmiddel in toepassing te brengen werd afgewezen en dat uit de instructie der zaak in eersten aanleg blijkt dat partijen daarover niets meer te zeggen hebben. Het kan dan in het belang van beide partijen zijn, dat de hoogere rechter, tot oordeelen in staat, dit oordeel in het hoogste ressort onmiddellijk uitspreke, in stede van nog eerst het oordeel des lageren rechters te vernemen en dit in hooger beroep te bevestigen of te vernietigen, na eene herhaalde behandeling die, daar het oordeel des hoogeren rechters reeds vaststaat, overbodig mag heeten. Of dit alles bij bevestiging van een op een incident gewezen vonnis evenzeer geldt, valt te betwijfelen. Bij tenietdoening van een interlocutoir of van een vonnis op een incident gewezen, staat op den voorgrond dat de rechter in hooger beroep de hoofdzaak tot zich trekke; doch, terwijl het bij vernietiging van interlocutoir niet noodig is dat de hoofdzaak in staat van wijzen zij, wordt dit laatste alleen vereischt bij vernietiging van een vonnis, gewezen op een incident. Art. 356 § 2 a. h. e. Wie zal de reden van dit onderscheid kunnen aangeven?

Vreemd is in deze bepalingen de vermelding van een tusschengeschil, art. 355 § 1, zonder dat, noch hier noch elders, door de wet nader omschreven wordt wat dat is. In het wetboek van 1830

werd in den franschen tekst van art. 296 van incident en in den hollandschen tekst eveneens van incident gesproken, in art. 297 daarentegen van een tusschen opkomend geschil. Men zou daaronder wel in de eerste plaats de incidenteele vorderingen in den zin van de 10e afd. van tit. 3 moeten verstaan, maar dan in de meer algemeene beteekenis van uitspraken op incidenten. Toch kunnen er niet onder begrepen worden interlocutoire vonnissen, noch vonnissen betreffende bevoegdheid des rechters omdat wij daarvoor hier bijzondere bepalingen aantreffen; evenmin preparatoire vonnissen, omdat daarvan niet dan tegelijk met het vonnis op de hoofdzaak in hooger beroep mag worden gekomen. Onze wetgever breiddo derhalve de bepaling van art. 473 C. de pr. in dien zin uit, dat hij ook bij bevestiging van een interlocutoir aan den hoogeren rechter het recht van evocatie toekent (art. 355) en dat hij, bij vernietiging van een interlocutoir, dit recht geeft, al ware de hoofdzaak niet in staat van wijzen art. 356 § 1, coll. § 2, terwijl hij bij vonnissen op incidenten aan laatstgemelden eisch vasthoudt. Hij heeft overigens de bepaling omtrent de vonnissen op incident gewezen verduidelijkt. Want wanneer de Code in art. 473 het recht van evocatie toekent „dans les cas où les cours .... infirmeraient soit pour vice de forme soit pour toute autre cause des jugements définitifs", dan moet men door interpretatie er toe komen om onder die „jugements" niet de eigenlijke eindvonnissen, maar eindvonnissen op incidenten of, zooals de Franschen zeggen, „jugements d'avant faire droit qui ne sont pas interlocutoires" te verstaan. Zoo GARSONNET, maar eenstemmig zijn de fransche schrijvers niet en ook de beraadslagingen over den Code wijzen op een andere beteekenis.

De bepaling van art. 358 n°. 2 bevestigt wat de fransche jurisprudentie buiten de wet heeft aangenomen. De reden zal wel daarin liggen, dat de rechter, die zich ten onrechte onbevoegd verklaarde, zou kunnen geacht worden de zaak zelve met vooringenomenheid te behandelen, doch afdoende kan ik die reden niet vinden, vooral niet om op dien grond eene afwijking van de gewone regelen van competentie aan den rechter, al zij het de hoogere rechter, te veroorloven.

De reden waarom aan de partijen de bevoegdheid wordt toegekend om de devolutieve kracht van het appèl uit te breiden tot de hoofdzaak, ofschoon daarover in eersten aanleg geen recht werd gesproken (art. 355 § 2, 357 a. h. e. en 358 n°. 1), zal wel gelegen

zijn in een daardoor mogelijk wordende bekorting van het proces en zal daarbij gelet zijn op de omstandigheid, dat anders toch later opnieuw het geschil over de hoofdzaak bij den hoogeren rechter in appèl zal worden gebracht, voor wien partijen nu eens, door het appèl van het incidenteel vonnis, in rechte staan.

Dat zal ook wel de reden zijn, waarom hier de overeenstemmende wil van partijen tot de uitbreiding van de rechtsmacht des rechters voldoende wordt geacht en dat hier niet, als bij de prorogatie van rechtspraak aan het gerechtshof, welke in den VI^en^ titel van B. I. geregeld wordt, de eisch van overeenkomst bij akte, van vatbaarheid van het geschil voor compromis of dading, evenmin als de bijzondere bepaling voor voogden, curators of bewindvoerders toepasselijk zijn. Waar de arrondissementsrechtbank de hoogere rechter is, zoude de toekenning van het recht aan de partijen minder vreemd zijn, maar de bepalingen van art. 355 en 357 en 358 n°. 1 zouden het hebben moeten zeggen, indien de wetgever tusschen de rechtbanken en de Hoven onderscheid wilde gemaakt hebben. Zie overigens over de hier besproken bepalingen Dl. I, bl. 450 onder *b* en bl. 452 onder *b* (3ᵉ druk).

Terwijl naar den C. de pr. de rechter aan de opdracht van partijen niet gebonden was, zijn de bepalingen van de artt. 355 § 2, 356 § 2, 357 en 358 n°. 1 op dit punt zóó gesteld, dat de rechter de hem door partijen gedane opdracht niet mag afwijzen.

Art. 357 stelt zeker terecht op den voorgrond dat, bij bekrachtiging van eene uitspraak, waarbij de lagere rechter zich bevoegd heeft verklaard, de zaak naar hem wordt verwezen. Het ware eene tegenstrijdigheid, wanneer de hoogere rechter, geroepen om over 's lageren rechters bevoegdheid uitspraak te doen en deze erkennende, desniettemin de zaak aan zich hield.

Van de hier in toepassing komende bepalingen heeft art. 357 eene wijziging ondergaan, bij welke ik een oogenblik moet stilstaan. Het oorspronkelijk artikel bepaalde, dat in het geval dat een vonnis bekrachtigd wordt, waarbij de rechter van eersten aanleg zich bevoegd heeft verklaard om van de zaak kennis te nemen, de rechter in hooger beroep de berechting van de zaak aan hem zal verwijzen, tenzij partijen begeerd mochten hebben dat de hoogere rechter de hoofdzaak zal afdoen. Nu echter, naar de wet van 1896, als regel geldt dat de exceptie van onbevoegdheid, evenals andere exceptien tegelijk met de verdediging op de hoofdzaak moet worden voorge-

steld, kon die bepaling geen toepassing meer vinden. Want, indien de verweerder zich tot het voorstellen der exceptie van onbevoegdheid heeft bepaald, heeft hij zich daardoor van andere verweermiddelen verstoken en zal de rechter in eersten aanleg zijne bevoegdheid uitsprekende, tevens ten principale hebben recht gedaan. Wanneer dan de in het ongelijk gestelde excipient van het vonnis in hooger beroep komt, dan is met een de geheele zaak aan het oordeel des hoogeren rechters onderworpen en kan er noch van verwijzing, noch van eene opdracht van de kennisneming der zaak door partijen aan den hoogeren rechter sprake zijn. Nu heeft evenwel de wetgever van 1896, bij uitzondering, aan den gedaagde vergund, om met een verzoek tot oproeping in vrijwaring de exceptie van onbevoegdheid des rechters te vereenigen; de gedaagde moet dit zelfs doen indien hij de exceptie van onbevoegdheid niet verwerken wil. Art. 68. Met het oog daarop werd dan ook in 1896 in art. 357 bepaald dat wanneer in het geval van art. 68 een vonnis bekrachtigd wordt, waarbij de rechter van eersten aanleg zich bevoegd heeft verklaard om van de zaak kennis te nemen, de hoogere rechter de zaak aan hem zal verwijzen, om ten principale te worden beslist, tenzij partijen begeerd mochten hebben, dat de hoogere rechter de hoofdzaak zal afdoen. Want, dus redeneerde men tot goedmaking van deze wijziging in art. 357, het geval van art. 68 is het eenige geval waarin de exceptie van onbevoegdheid van de overige verweringen wordt gescheiden en tot dit geval moest nu art. 357 worden beperkt. HARTOGH en COSMAN op art. 357. Had men zich evenwel nu in art. 357 niet moeten bepalen tot het voorschrift dat de hoogere rechter de zaak aan den lageren zal verwijzen en de in art. 357, oud, aan het slot aan partijen toegekende bevoegdheid niet moeten schrappen? Want men vergete niet dat de lagere rechter, zich bevoegd verklarende, tevens omtrent het verzoek tot oproeping in vrijwaring zal hebben uitspraak gedaan. Werd dit nu toegewezen en alleen de uitspraak over de bevoegdheid in hooger beroep gebracht, dan zoude nimmer eene vordering aan den hoogeren rechter om de hoofdzaak aan zich te houden kunnen gedaan worden, omdat de partij die in vrijwaring zal kunnen worden geroepen, als nog niet geroepen zijnde en derhalve nog niet in het proces opgekomen, daartoe niet zou kunnen medewerken en dat het niet aangaat de beide hoofdpartijen implicite de bevoegdheid te geven om ook het geding in vrijwaring nauwlijks aan

den hoogeren rechter te onderwerpen. Had daarentegen de eerste rechter, zich bevoegd verklarende, het verzoek om in vrijwaring te roepen afgewezen en was de verweerder ook hiervan in hooger beroep gekomen, dan is er ook aan geen verzoek van partijen aan den hoogeren rechter om de hoofdzaak aan zich te trekken te denken, want de hoogere rechter zou, het verzoek gegrond achtende, toch niet kunnen beslissen dat die oproeping voor hem zou plaats hebben, indien men al een verzoek van beide partijen hier kon onderstellen en dan aannemen dat zij op die wijze den waarborg onmiddellijk voor den hoogeren rechter zouden kunnen doen terechtstaan. En toch nu juist voor dit eenige geval de bevoegdheid van partijen is behouden en partijen geene andere zijn dan die in de hoofdzaak tegenover elkander staan, moet de wetgever gewild hebben die partijen ook over de prorogatie van de vrijwaring de beschikking te geven. Is dit te rechtvaardigen? Ik zie er geen kans toe. De wijziging had dus niet bij die van den aanhef van het artikel moeten blijven, maar men had ook de slotwoorden van het artikel van af: „tenzij partijen" moeten schrappen. En had men nu art. 358 ongewijzigd mogen laten? Wanneer de lagere rechter zich onbevoegd verklaart om van het geschil kennis te nemen, hetzij ambtshalve, hetzij op de daartoe door den verweerder voorgestelde exceptie, terwijl deze tevens verzoek deed om een derde in vrijwaring op te roepen, zouden dan de beide partijen (art. 358 n°. 1 spreekt uitdrukkelijk van beide partijen) de bevoegdheid mogen hebben om den hoogeren rechter de berechting van de hoofdzaak op te dragen en daardoor met een dien hoogeren rechter van het verzoek tot oproeping in vrijwaring, en bijgevolg van het geding in vrijwaring zelf met de hoofdzaak, kennis te doen nemen? Wanneer in het vorig artikel de mogelijkheid wordt verondersteld dat in het geval van het tweede lid van art. 68 die bepaling in toepassing komt en dit dan natuurlijk ook voor art. 358 geldt, dan moet het aangewezen gevolg daaruit getrokken worden. Even onrechtvaardig als in het straks besproken geval. Men had in n°. 1 van art. 358 het geval van art. 68 moeten uitsluiten.

Naar de oude wet werd de mogelijkheid van eene oproeping in vrijwaring, nadat de hoogere rechter op eene beslissing over onbevoegdheid had uitspraak gedaan, uitgesloten, wanneer overeenkomstig 357 en 358 partijen begeerd mochten hebben, dat de hoogere rechter de hoofdzaak zal afdoen. Immers ligt eene oproeping in vrijwaring

buiten de hoofdzaak en, al ware dit niet zoo, de partijen in de hoofdzaak zouden door onderlinge toestemming den gedaagde in vrijwaring niet mogen berooven van den rechter, die hem volgens art. 74 en 126 § 14 wordt toegekend. Naar de wijziging, welke art. 357 bij de herziening onderging, wordt dat onderling goedvinden van partijen als het eenig geval erkend waarin partijen die bevoegdheid wèl zouden hebben. De wijziging schijnt niet wel doordacht. Zij berust op den schijn, dien de woorden der betrekkelijke artikelen deden ontstaan, maar miskent het wezen der zaak, dat men leert kennen als men den zin der bepalingen doorgrondende, zich de gevallen voorstelt, waarin hare toepassing moet plaats hebben.

Aanm. Indien het in eersten aanleg gewezen vonnis tegen een derde moet worden ten uitvoer gelegd, kan het van belang zijn, van het ingesteld hooger beroep aanteekening te doen houden ter griffie van het gerecht, hetwelk het beklaagde vonnis heeft uitgesproken. Wanneer toch het vonnis niet voorloopig uitvoerbaar is verklaard, kan het tegen den derde niet ten uitvoer gelegd worden en kan door den derde daaraan niet worden voldaan, dan acht dagen na de beteekening aan de in het ongelijk gestelde partij en met overlegging van de verklaring des griffiers, dat er op zijne registers geen hooger beroep tegen het vonnis is aangeteekend. Art. 432.

§ 163. VERWEREN EN VOLDINGEN. (*)

I. Voorbereidende handelingen.

a. De procureur van den appellant doet de zaak op de rol inschrijven niet later dan daags voor den in de dagvaarding uitgedrukten rechtdag of, indien de geïntimeerde den bij de dagvaarding in acht genomen termijn heeft verkort, niet later dan daags vóór den dientengevolge vervroegden rechtdag.

Werd de dagvaarding op korten termijn gedaan, zoodat dit voor-

(*) Uit hoofde van de wijzigingen, welke in de bepalingen omtrent het verweren en voldingen in eersten aanleg zijn gebracht bij de wet van 1896 no. 203, kan ik niet, op het voorbeeld van art. 347, naar mijne behandeling van de daartoe betrekkelijke bepalingen in Dl. II § 61 v. verwijzen. Ik neem alzoo de bepalingen welke thans voor den eersten aanleg gelden hier op en wijzig daardoor met een wat in Dl. II t. a. p. ook voor den eersten aanleg wijziging behoeft.

schrift niet kan worden nagekomen, dan doet de procureur van den appellant de zaak zoo spoedig mogelijk inschrijven. Art. 353 in verband met art. 135.

b. De geïntimeerde doet een procureur verschijnen, die bij de oproeping der zaak ter rolle verklaart voor hem als procureur op te treden. Van deze verklaring wordt aanteekening gehouden op het audientieblad. Art. 353 i. v. m. 137.

c. Wanneer de geïntimeerde gebruik maakt van de bevoegdheid om den rechtdag te vervroegen, moet hij den appellant ten minste vijf dagen voor den door hem dus aangewezen rechtdag doen oproepen, op straffe van nietigheid. Deze oproeping geschiedt bij eene aan den procureur des appellants van wege den procureur des geïntimeerde beteekende akte. In diezelfde akte moet alsdan de procureurstelling plaats hebben. Art. 353 i. v. m. 136.

d. Tegen den geïntimeerde voor wien zich geen procureur stelt of wiens procureur niet verschijnt op de in de akte van procureurstelling aangewezen terechtzitting, wordt verstek verleend. Art. 353 i. v. m. 138.

e. Indien de hierboven bedoelde inschrijving ter rolle niet heeft plaats gehad, is de procureur van den geïntimeerde bevoegd de zaak op de terechtzitting te doen inschrijven, onder overlegging van de dagvaarding en van de oproeping tot een vroegeren rechtdag, zoo deze mocht hebben plaats gehad, ten einde verstek tegen den niet verschenen appellant te verkrijgen. Art. 353 i. v. m. 139.

a. De verplichting om de zaak op de rol te doen inschrijven was voorgeschreven bij art. 37 Regl. I, doch terecht bij de wet van 1896, op het voorbeeld van het Ontwerp 1865, in de wet opgenomen. Het daartoe betrekkelijk nieuw artikel 135 wordt nog in 't bijzonder ten aanzien van dit punt op het hooger beroep toepasselijk verklaard in art. 353. Wat de wijze betreft, waarop die inschrijving plaats heeft, verwijs ik naar Dl. II bl. 98 v. en merk daarbij slechts op dat bij geen onzer Gerechtshoven meer dan ééne Kamer van burgerlijke zaken bestaat. Zie art. 89 Regl. I.

Dat de dagvaarding op korten termijn ook bij de Hoven en derhalve ook in appèl kan plaats hebben volgt uit art. 7, hetwelk

in zijn derde lid zeer algemeen spreekt van den president van het rechterlijk college en bovendien tot de algemeene bepalingen omtrent de dagvaarding enz. behoort. De inschrijving geschiedt dan zoo spoedig mogelijk. Ook deze bepaling van art. 135 is uit art. 37 van het Regl. I overgenomen en spreekt even weinig correct als laatstgenoemde bepaling van dagvaarding op korte termijnen. Had men in art. 135 § 2 uit het in art. 145 overgebracht oud art. 137 de verwijzing naar art. 7 overgenomen, die daar nu al heel weinig op haar plaats is, de onnauwkeurigheid ware voorkomen Bij de verplaatsing had in het eerste lid van art. 15 tweede in derde lid kunnen veranderd worden, maar het fatum was hier volgens de HH. HARTOGH en COSMAN, bl. 77, in het spel!

b. Volgens art. 137 geschiedt de procureurstelling niet meer bij eene beteekende acte. Wat volgens art. 137 (oud) alleen bij de zaken op korten termijn was toegelaten is nu regel geworden. De HH. HARTOGH en COSMAN vergissen zich, wanneer zij meenen dat volgens art. 142 (oud) de procureurstelling in gewone zaken ook op de terechtzitting plaats had. Het verband van art. 142 (oud) met 135 en 137 (oud) doet duidelijk zien dat bij gewone zaken aankondiging geschiedde dat de procureur des gedaagde zich voor dezen procureur gesteld heeft en dus niet anders dan, overeenkomstig art. 135, bij de acte van procureur tot procureur. Daarop kan dus de juistheid der verandering in de wet niet worden gegrond. De bepaling werd aan het Ontwerp 1865 ontleend, het door mij gewraakte argument tot toelichting treft evenwel de toelichting van dat Ontwerp niet. De uitvoerige debatten over deze verandering in de Tweede Kamer gevoerd, laten twijfel geoorloofd of deze verandering eene verbetering is. — Is het audientieblad uit zijn aard bestemd om alles op te nemen wat in betrekking tot de behandelde zaken op de audientie voorvalt, de uitdrukkelijke bepaling in de wet verzekert den Griffier het hem bij art. 23*b* van het Tarief toegekende salaris.

c. Over de toepassing van de anticipatie zie hierboven bl. 124. In het geval dat er medegedaagden zijn of door meer dan een gedaagde van de anticipatie wordt gebruik gemaakt, voorziet art. 136 § 3 en 4.

d. De lang uitgemaakte kwestie over de beteekenis van het „ten dage dienende" in art. 135 § 3 (oud) deed den wetgever, wellicht niet ten onrechte voor het oprakelen dezer kwestie beducht, die

woorden schrappen, maar hij vergat dat, ofschoon het verstek, naar de nieuwe bepaling omtrent de procureurstelling, in den regel alleen te pas kan komen, als zich geen procureur stelt, toch in geval van anticipatie het verstek nog beloopen kan worden als de gestelde procureur op de bij de acte aangewezen terechtzitting niet verschijnt. Ik heb den casus omissus in den tekst aangevuld. De procureur des eischers zal in zoodanig geval kunnen constateeren dat er wel procureur werd gesteld doch zich op de algemeene bepaling van art. 76 kunnen beroepen om verstek te vragen tegen den gedaagde die niet verschijnt.

e. Omtrent dit punt ontbrak tot dusver eene wettelijke bepaling. Dat het in de praktijk toegelaten werd, was wel noodzakelijk. Het was het eenige middel om art. 75 bij de colleges in toepassing te brengen, het wegblijven des eischers, die had moeten verschijnen, te constateeren, een verstek met het profijt daarvan tegen hem te verkrijgen. Vraagt de procureur des gedaagde de inschrijving niet, dan komt de zaak niet op de rol; zij wordt niet afgeroepen, zoodat er niets in gedaan kan worden en de dagvaarding blijft zonder gevolg.

II. Het verweren en voldingen zelf.

a. Ten dienenden dage of op een naderen daartoe bepaalden dag wordt door den procureur des appellants eene conclusie voorgedragen, waarbij, op grond van de tegen het vonnis bestaande bezwaren, de vernietiging en de verbetering van dat vonnis door den hoogeren rechter geeischt wordt. Conclusie van eisch.

b. De procureur van den geintimeerde draagt op denzelfden dag of op een naderen daartoe te bepalen dag eene met redenen omkleede conclusie van antwoord voor. Conclusie van antwoord.

c. De appellant neemt in zijne conclusie van eisch in hooger beroep de nieuwe vorderingen op, die hij mocht gedaan hebben bij dagvaarding en overeenkomstig die dagvaarding. Was hij gedaagde in eersten aanleg, dan vinden ook de nieuwe weren in die conclusie eene plaats. Inhoud der conclusien.

De geintimeerde stelt, op straffe van verval, bij zijne conclusie van antwoord het incidenteel beroep in, dat hij mocht verlangen in te

stellen. Ook behooren in die conclusie te worden opgenomen de nieuwe weren, evenals alle exceptien die de geintimeerde mocht willen voordragen.

Aantal conclusien.

d. Er kunnen nooit meer dan éénе conclusie van eisch en ééne van antwoord worden genomen. Natuurlijk wordt evenwel aan den appellant, indien hij dit verlangt, de gelegenheid gegeven om, indien de geintimeerde incidenteel mocht hebben geappelleerd of eene exceptie tegen het principaal beroep mocht hebben voorgedragen, daarop bij conclusie te antwoorden. Art. 347 in tegenstelling met art. 142.

Korte termijn.

e. Indien het beroep op korten termijn is ingesteld, wordt door den procureur des appellants zijne conclusie ten dienenden dage voorgedragen. De geintimeerde kan daarop terstond antwoorden en de appellant op een incidenteel hooger beroep of op eene exceptie dadelijk van antwoord dienen. De rechter kan evenwel tot het nemen der conclusien op verzoek van een der partijen in haar belang of ook ambtshalve eenig uitstel verleenen. Art. 347 in verband met art. 145.

De termijnen, welke voor het nemen der conclusien noodig zijn, bepaalt de rechter in overeenstemming met hetgeen de partijen verlangen. In geval van verschil beslist de rechter, daarbij ook lettende op den tijd, welken de belanghebbende partij mocht aantoonen te behoeven, ten einde zich de noodige bewijsstukken te verschaffen. Art. 347 j° 143.

Afschriften der conclusien

f. Van de conclusien wordt ter terechtzitting afschrift overgegeven aan den procureur der tegenpartij. Art. 347 in verband met art. 141 en 145. Ook wordt een afschrift der conclusien aan den griffer ter hand gesteld, ten einde aan het audientieblad te worden gehecht. Art. 44, Reglement I.

Pleidooien.

g. Na het wisselen der conclusien worden partijen toegelaten tot de pleidooien of wordt daarvoor een nadere dag bepaald, tenzij partijen op de stukken recht verlangen.

De rechter is bevoegd bij de pleidooien aan de partijen of hare praktizijns ophelderingen te vragen omtrent den inhoud van hare schriftelijke of mondelinge voordrachten. Art. 347 in verband met art. 141 en 145,

h. In de gevallen, waarin het Openbaar Ministerie in zijne conclusien moet worden gehoord of, indien het mededeeling vordert van de behandelde zaak of wel de rechter die mededeeling ambtshalve beveelt, worden de stukken na afloop der pleidooien aan den ambtenaar van het O. M. op last des rechters medegedeeld. Het O. M. neemt onmiddellijk zijne conclusien of vraagt daartoe de bepaling van een naderen dag. Openbaar Ministerie.

i. Nadat de conclusien door het O. M. zijn genomen of anders na afloop der pleidooien of de verklaring van partijen dat zij op de stukken recht verlangen, neemt de rechter de stukken over en bepaalt hij de terechtzitting, waarop het vonnis of arrest in hooger beroep zal worden uitgesproken. Sluiting van de gedingvoering.

Was het uit den inhoud van de artt. 346 en 347 (oud) en de daarin voorkomende tegenstelling tusschen summiere en gewone zaken duidelijk, dat daar van procedeeren in de meer beperkte beteekenis van verweren en voldingen werd gesproken, zoo was het niet correct dat bepalingen betreffende de procureurstelling, en dat kan niet anders beteekenen dan de procureurstelling vanwege den verweerder, met die betreffende de onderwerpen van de meeste andere afdeelingen van tit. III, in art 353 in hooger beroep toepasselijk werden verklaard. Bij de herziening, welke art. 346 en 347 door de afschaffing van de onderscheiding in summiere en gewone behandeling moeten ondergaan, ware in art. 347 (nieuw) beter van verweren en voldingen gesproken dan van wijze van procedeeren. Dan ware van zelf de aanvulling van art. 353 met de bepalingen van den derden titel betrekkelijk de inschrijving ter rolle, de procureurstelling, de anticipatie en de vermelding daarvan, nadat reeds het procedeeren geregeld werd, terwijl dit niet anders dan het verweren en voldingen voorbereidende handelingen zijn, overbodig gebleken. Ook ware de schijn vermeden alsof de regeling van de in art. 353 genoemde incidenten niet tot de wijze van procedeeren behoorden.

De afschaffing van de gewone behandeling in eersten aanleg deed bij de herziening, van de summiere behandeling de eigenschap overnemen, dat de schriftelijke instructie van de zaak uitsluitend plaats heeft bij ter terechtzitting genomen conclusien. De zaak blijft alzoo op de rol en wat daarin te verrichten valt wordt van terechtzitting

tot terechtzitting bepaald. De bepalingen van de wet waren duidelijk genoeg in het toelaten van die conclusien waarvan zij niet anders dan éêne van eisch en éêne van antwoord kende, op stipt in acht te nemen termijnen voor te dragen, (art. 151 oud.)

Dit belette evenwel niet de zeer rationeele uitlegging, dat een zelfstandig beweren des verweerders door den eischer met eene conclusie beantwoord mocht worden, aangezien daardoor alleen het punt in geschil tusschen partijen kon worden vastgesteld en de rechter ze dan ook volgens art. 45 over en weder in hunne belangen moest hooren. De zoo overbekende regel „reus excipiendo fit actor" was overigens bij de, niet altijd prijzenswaardige gehechtheid aan adagia, voldoende om twijfel uit te sluiten. In de praktijk werd evenwel bij vele rechterlijke colleges op de strikte beteekenis der wetsbepalingen niet gelet en, afgezien van den aard van de verwering, werd het wisselen van de conclusien aan het inzicht van de praktizijns overgelaten. In verband met deze praktijk werden bij de herziening in art. 142 (nieuw) aan den eischer het nemen van conclusie van repliek en aan den verweerder het nemen van eene conclusie van dupliek toegelaten. Bovendien kan de rechter, op eenparig verzoek van partijen, het nemen van nog meer conclusien toestaan. Nu moge het met het oog op de wordingsgeschiedenis dezer bepaling aan de HH. Hartogh en Cosman, bl. 66, onbegrijpelijk voorkomen, hoe in de Eerste Kamer kon worden beweerd, dat de wet het aan partijen overlaat om conclusien te nemen à discrétion, de ondervinding onder de wet van 1838 heeft geleerd, hoe gering in dergelijke materie het gezag der wordingsgeschiedenis van de wet voor de praktijk is. Maar die wordingsgeschiedenis kan niet doen vergeten, dat de bepaling der wet wel van het eenparig verlangen van de partijen spreekt, maar dat wij hier niet met de partijen zelve, maar met de praktizijns te doen hebben, en dat, gelijk ik in de Opmerkingen achter de tabel bij mijne adviezen gevoegd, herinnerde, de heeren rechters Melvil van Lynden en Sassen het wenschelijk achten „dat de rechters aan het verlangen van de praktizijns gehoor geven." Is het concludeeren à discrétion dan al niet in den letterlijken zin aan de praktizijns overgelaten, het is dit toch zoo goed als. Hoe dit echter zij, voor het hooger beroep is het facultatief karakter van de bepaling betreffende de conclusien restrictief geworden. Het kon, dunkt mij, niet duidelijker gezegd worden, dan het in art. 347 gezegd wordt. De tegenstelling met de procedure in eersten aanleg en de uitdrukkelijke

toelating van het nemen eener tweede conclusie door den appellant om het incidenteele beroep of eene door den geintimeerde voorgestelde exceptie te beantwoorden, maken eene andere duiding der bepaling m. i. ontoelaatbaar. Toch meenen de HH. HARTOGH en COSMAN, op art. 347, bl. 137, dat, „als eens bij uitzondering communi consensu van partijen meerdere conclusien gewenscht zijn, dan met 's rechters toestemming ook na het antwoord nog geconcludeerd zal mogen worden." En, voegen zij er uitdrukkelijk bij: „een volstrekt verbod van meer dan twee conclusien bevat de nieuwe wet zoo min als die wier plaats zij innam." Ik vraag echter hoe dan de wetgever in art. 347 zich wel had moeten uitdrukken, als hij een volstrekt gebod gewild had, wanneer dit niet ligt in de duidelijke bewoordingen van het artikel, zooals het gesteld is? Het beweren omtrent de oude wet is ook met hare duidelijke bewoordingen in vierkanten strijd. In de toelichting daarvan bij de herziening in 1837 werd toch geheel in overeenstemming met den inhoud van het artikel gezegd: „men heeft begrepen in hooger beroep geene schriftelijke conclusien van re- en dupliek te moeten toelaten, omdat partijen ten eersten aanleg ruime gelegenheid hebben gehad hare beweringen te ontwikkelen en de wederzijdsche gronden daarvan te leeren kennen." Verslag der Handelingen van de Staten Generaal, 1836/1837 II, bl. 228 ad art. *d* en *e* en V. D. HONERT op § 347. Ook is het zeker een stout beweren dat, wanneer de wet uitdrukkelijk voor één geval eene uitzondering maakt, de uitlegger der wet, die tot hare toepassing geroepen is, er nog meer bij mag maken. En waarom is dan niet eene bepaling als van art. 142 § 2 hier opgenomen? Kon art. 347 de toepasselijkheid van dit voorschrift duidelijker uitsluiten dan door het niet te herhalen en zich tot de uitzondering in het tweede lid voorkomende te bepalen? Zie ook Mr. EYSSELL in Themis t. a. p. bl. 533. Ook ten aanzien van de twee conclusien in zaken op korten termijn toegelaten, waarvan ik, naar aanleiding van art. 145, melding maakte, verklaren de HH. HARTOGH en COSMAN dat daaruit geen verbod volgt om meer conclusien te nemen. Zij beroepen zich op de gemakkelijke wijze, waarop in de schriftelijke gedachtenwisseling het tegenovergesteld beweren werd ontzenuwd. Moeilijk valt evenwel de tegenstelling tusschen art. 145 en 142 uit de wet weg te redeneeren: het eerste uitdrukkelijk onder nadere bepaling meer conclusien toelatende, het andere ze in een bepaald geval niet toelatende. Ligt dan niet noodzakelijk in de niet-toelating

een verbod? Men vergete niet, wanneer men zich hier op de oude wet beroept, dat in deze de straks vermelde tegenstelling niet voorkomt. Consequent had men ook in art. 145 eene gelijke uitzondering moeten maken als in art. 347 voor het hooger beroep. Want eene zelfstandige bewering kan in zaken op korten termijn even goed voorkomen. Dan vloeit evenwel de noodzakelijkheid om den eischer eene conclusie van antwoord op die zelfstandige bewering te gunnen uit art. 45 voort. De wijze waarop m. i. èn art. 347 èn de artt. 142 en 145 moeten worden verstaan, gaf ik terug in de omschrijving daarvan in den tekst.

Het verweren en voldingen heeft alzoo, naar de wet van 1896, in hooger beroep plaats op de wijze als de oude wet dit voor summiere zaken voorschreef. In zaken van gewone behandeling kende de oude wet even als in eersten aanleg eene aan de conclusien voorafgaande wisseling van beteekende schrifturen. Zij bestonden evenwel in hooger beroep niet in schrifturen van antwoord, repliek en dupliek, want de geïntimeerde had op de ongemotiveerde dagvaarding in appèl niets te antwoorden. De appellant deed eerst beteekenen eene memorie van bezwaren en de geïntimeerde gaf daarop eene memorie van antwoord. Niet het preciseeren van het punt in geschil door nadere en meer pertinente verklaringen uit te lokken was hier het doel, maar het doen kennen van bezwaren tegen het gewezen vonnis en het weêrleggen daarvan. Daartoe waren twee schrifturen zeker voldoende. Werden nu, nà die memories, conclusien ter audientie genomen, wat in de bedoeling des wetgevers lag, dan konden die conclusien niet anders bevatten dan eene korte samenvatting van den inhoud der memories en dan bleef er licht voor de pleidooien niet anders over dan eene herhaling, op anderen toon en wijze, van den inhoud dier memories. Het onderscheid, dat de wetgever zich tusschen memories en conclusien voorstelt, moet wel hierin gelegen zijn dat de eerste een beredeneerd betoog bevatten, dat daardoor van zelf meer uitgebreidheid erlangt, terwijl de conclusie eene syllogistische samenvatting van de in de memorie vervatte redeneering inhoudt. Daar evenwel nergens een bepaalde vorm voor memorie of conclusie is voorgeschreven, wordt ook in de praktijk het hier onderstelde onderscheid niet in acht genomen en ook de vorm eener conclusie gebruikt waar de wet hier of daar van memories spreekt. Zie bijv. art. 777 en 630. Kan de beknoptheid van eene conclusie soms tot onduidelijkheid leiden, de logica loopt in een uitgebreid

beredeneerd betoog eerder gevaar. Welken vorm men overigens kieze èn memorie èn conclusie moeten als gevolgtrekking uit de vooropgestelde of ontwikkelde beweringen eene conclusie bevatten houdende datgene wat van den rechter wordt verlangd.

Naar de bepaling van art. 349 (nieuw) worden zoowel in het principaal als in het incidenteel beroep de nieuwe vorderingen en verweringen, waarvan in artikel 348 is gesproken, gedaan bij met redenen omkleede conclusien. Zeker kon art. 349, zooals het vroeger luidde, niet behouden blijven. Het sprak van „conclusiën met middelen aan den procureur der wederpartij beteekend." Dit was een duidelijke terugslag op de gewone behandeling welke afgeschaft werd. Intusschen had het geheele artikel wel kunnen wegvallen, daar het zoo goed als niets beteekent. Blijkens de toelichting bij v. d. Honert op § 349, Handelingen der St. Gen. 1836/37 bl. 228, (art. g) was de strekking der bepaling dat de conclusien middelen moesten bevatten. „Dit artikel," zeide men, „stelt eene uitzondering voor van het bepaalde bij art. *8a* (343) omtrent het niet vereischen van middelen, omdat hier juist het tegenovergestelde bestaat van hetgeen tot het aldaar bepaalde de rede oplevert." Zou men niet meenen dat in hooger beroep de regel was dat ongemotiveerde conclusien werden voorgedragen? En nu was het volgens art. 343 alleen de d a g v a a r d i n g die geene middelen behoefde te bevatten. Maar ook deze moest juist voor de nieuwe vorderingen, wèl van middelen voorzien zijn. En terwijl met opzicht tot de conclusien, naar de bepalingen omtrent summiere zaken werd verwezen, kon er, noch ten aanzien van de nieuwe vorderingen noch ten aanzien van de nieuwe weren, welke allen in conclusien moesten worden vervat, met opzicht tot de noodzakelijkheid van het motiveeren twijfel bestaan. Nu zou art. 349 bij eene eerste lezing wel kunnen doen denken, dat die nieuwe vorderingen en nieuwe weren bij afzonderlijke, bijzonder daarvoor bestemde conclusien werden gedaan, doch het valt niet te betwijfelen, of zij moeten èn in het principaal èn in het incidenteel beroep bij conclusie van eisch of bij die van antwoord worden in het midden gebracht, terwijl dit naar de oude wet bij de beteekende memories behoorde te geschieden, wanneer deze althans gewisseld werden. Voor b e t e e k e n i n g van conclusien was onder de oude wet geen plaats, evenmin als voor het nemen van conclusien buiten de in art. 147 vermelde.

In de bepalingen betreffende het verweren en voldingen in eersten aanleg wordt steeds gezegd dat die conclusien ter terechtzitting worden voorgedragen. Een voordracht laat zich moeilijk denken, zonder dat die conclusien voorgelezen worden, gelijk dit dan ook, door art. 45 Regl. I, uitdrukkelijk wordt voorgeschreven. Verg. Dl. I bl. 112 v. Dat neemt echter tijd en de rechter heeft er weinig aan om ze aan te hooren, wanneer er eerst na maanden over gepleit wordt. Er pleegt dan ook bij rechtbanken, waar het druk is, niet veel anders gezegd te worden dan dat men concludeert van eisch of van antwoord. In hoever of het dan voor den procureur des eischers mogelijk is op goede gronden te verlangen van repliek te mogen dienen (art. 142) is niet duidelijk.

Volgens de bepalingen van 1838 moest de procureur zijne conclusie voordragen met overgifte van afschrift aan den procureur der tegenpartij. Als nu de voordracht moet geschieden met overgifte, dan is 't duidelijk dat zij niet zonder overgifte mag plaats hebben en dat die overgifte dus dadelijk moet geschieden. Toch liet men het na en om dit „misbruik" tegen te gaan bepaalt art. 140 nieuw en andere nu dat de afgifte gelijktijdig ter terechtzitting moet plaats hebben. En als nu dat toch eens niet gebeurt?

Wat den inhoud der conclusien betreft, zoo is de conclusie van eisch in hooger beroep oneindig belangrijker dan die in eersten aanleg, dewijl deze laatste niet veel anders dan eene herhaling van de dagvaarding kan bevatten, gene eerst de bezwaren tegen het gewezen vonnis aan de tegenpartij kenbaar maakt. Nieuwe vorderingen, zoo die er zijn, verneemt de gedaagde echter ook in hooger beroep uit de dagvaarding. Maar behalve de bezwaren tegen het vonnis, welke de gedaagde in hooger beroep voor een goed deel uit het in eersten aanleg gevoerd geding kan opmaken, kan hij uit de conclusie van eisch geheel nieuwe in eersten aanleg niet voorgebrachte verweermiddelen vernemen. Deze toch kan de appellant voor het eerst in hooger beroep aanvoeren, voor zoover zij niet in eersten aanleg zijn gedekt en dat zijn niet alleen die middelen welke de wet in elken stand van geding toelaat, maar alle verdedigingsmiddelen ten principale, waaronder de als peremtoire exceptien bekende middelen te brengen zijn, gelijk ik hierboven bl. 111 heb trach-

ten te betoogen. Zoo blijkt ook dat de eischer in hooger beroep zijne hoedanigheid van verweerder behoudt als wij op het materieele onderwerp van den strijd letten. Blijft dan ook de verweerder in h. b. in datzelfde opzicht eischer, die verweerder, hetzij hij verweerder of eischer in eersten aanleg was, kan tevens in h. b. als eischer optreden door incidenteel beroep in te stellen, indien hij voor een gedeelte door den eersten rechter in het ongelijk werd gesteld. Dat incidenteel beroep moet bij de conclusie van antwoord worden ingesteld op straffe van verval, dus op geen andere wijze noch in eenig ander stadium van het geding. Ook hieruit blijkt dat, al behoefde ook dit niet gezegd te worden, het zwaartepunt van art. 349 ligt in het met redenen omkleeden der conclusien.

Bij het tweede lid van art. 144 werd eene nieuwe bepaling in de wet opgenomen, waarbij aan den rechter de bevoegdheid wordt toegekend om bij de pleidooien aan de partijen of haar praktizijns ophelderingen te vragen omtrent den inhoud van hunne schriftelijke of mondelinge voordrachten. Al gaf ik in Dl. II bl. 124 v. mijne instemming te kennen met eene opneming in onze rechtspleging van bepalingen, als in het Ontwerp 1865 B. II, tit. 1 art. 10 j°. 8 waren voorgesteld, die de invoering van het bij de Duitschers dusgenoemde „Fragerecht" ten doel hadden, zoo komt het mij toch voor dat dit terecht bij de herziening van 1896 niet in de wet is opgenomen. In eene procedure, welke, gelijk de onze, het beginsel huldigt dat de bestanddeelen van den strijd, de middelen van eisch en verwering in schrifturen worden ontwikkeld en vastgelegd door de partijen, zoodat deze daarmede den omvang van den strijd vaststellen, terwijl den rechter daarbij een lijdelijke of liever eene afwachtende rol is toegewezen, past niet wel eene medewerking des rechters om de feitelijke toedracht der zaak vast te stellen, zoo zelfs dat daarin op aanstichting des rechters wijziging kan worden gebracht. Maar, indien al het een op het ander pasklaar kon worden gemaakt, ik acht het beter dat daartoe nu slechts de weg geopend worde door een bescheiden stap in die richting, gelijk thans is geschied. Ik erken dat in art. 144 § 2 slechts de schijn, niet het wezen van een „FrageRECHT" wordt gegeven. Het lijdt toch bij mij geen twijfel, of de bevoegdheid, welke den rechter daarbij toegekend wordt, kwam hem ook onder de oude wet toe. Wanneer de rechter bevoegd is ambtshalve een getuigenverhoor of een onderzoek

van deskundigen te bevelen, opdat hij een oordeel kunne uitspreken over het bestaan, of de beteekenis van feiten welke aan zijn oordeel onderworpen zijn, dan moet het hem nog te eer vrijstaan om van partijen opheldering te vragen van hetgeen hem in hunne voordrachten, mondelinge of schriftelijke, onduidelijk of soms onbegrijpelijk voorkomt. Dat er twijfel bestond, of de rechter deze bevoegdheid al of niet had, laat zich verklaren uit de omstandigheid dat, als men eene vreemde rechtspleging invoert, gelijk wij deden, men maar al te zeer geneigd is om niets zonder wettelijk voorschrift te doen. Waar lijdelijkheid een beginsel der rechtspleging is, wordt licht aan de lijdelijke stemming, waarin het gemoed daardoor gebracht wordt, toegegeven; ook vreest men wel aan de deftigheid te kort te doen door zich op de terechtzitting in gesprek te begeven met de partijen die daar door een balie van den rechter worden gescheiden; voorts is de geneigdheid om vragen tot de praktizijns te richten eene zaak van temperament en als dat temperament, wat vrij algemeen bij ons 't geval is, medebrengt om het „antequam agas consulto opus est" in toepassing te brengen, dan gaat licht het geschikte oogenblik voor het doen der vragen voorbij. Een voorschrift, hetwelk de bevoegdheid erkent, neemt elke reden van schroom om daarvan gebruik te maken weg en zoo zal het er toe kunnen bijdragen om, wat onder gelijke bepalingen van procedure, zonder uitdrukkelijk voorschrift in Frankrijk en België gebruikelijk is, ook bij ons gebruikelijk te doen worden. Zeer terecht wordt dan ook de bevoegdheid gegeven „bij de pleidooien" zoodat de rechter den pleiter kan in de rede vallen en onmiddellijk opheldering kan vragen. De rechter zal die opheldering kunnen vragen, dus lichtte de heer DRUCKER in de Tweede Kamer zijn voorstel, dat in 144 § 2 wet werd, toe: „wanneer in het pleidooi een of ander voorkomt, dat „hem niet voldoende duidelijk is geworden, of nadere inlichting te „verzoeken, wanneer er tusschen schriftelijke en mondelinge uitlatin-„gen eenig verschil is, waarvan de rechter op dat oogenblik den „omvang of de reden niet inziet." Uit dit laatste gezegde vloeit de onderstelling voort, dat de rechters gebruik maken van de gelegenheid, welke de aanhechting der conclusie aan het audientieblad, art. 44 Regl. n°. 1, hun geeft, om van die conclusien vóór den aanvang der pleidooien kennis te nemen. De toepassing van de bevoegdheid den rechter toegekend zal den pleiters eerder doen afzien van het soms met eenigen ophef gebruik maken van verlegenheidsargumenten;

maar wat vooral van belang is, zij zullen in de gelegenheid gesteld worden om te verduidelijken wat zij soms meenden duidelijk genoeg gezegd te hebben, of om in eene nadere ontwikkeling te treden van een of ander argument, dat bleek 's rechters aandacht meer bijzonder te trekken.

Ik zou het verkieslijk gevonden hebben, indien hier, evenals in andere artikelen dezer afdeeling, eenvoudig van partijen gesproken ware. De praktizijns waren daaronder van zelf begrepen geweest, omdat de schriftelijke en mondelinge voordrachten van hen plegen uit te gaan en dan was toch ook in het geval dat partijen zelven pleiten voorzien. Ook volgens die eenvoudiger en meer met de overige artikelen overeenstemmende redactie zou de rechter vragen hebben kunnen richten tot allen, die iets hebben voorgedragen, hetzij schriftelijk of mondeling.

De vermelding van partijen naast de praktizijns doet, om 't zoo ongewone geval dat zij zelve pleiten, niet zoo geheel onnatuurlijk denken, dat ook de partijen zelve zouden kunnen worden ondervraagd omtrent hetgeen wel door anderen, maar toch altijd voor hen werd voorgedragen, te eer omdat er voorbeelden in de praktijk bekend zijn dat de voorzitter van een college van der partijen tegenwoordigheid bij de zitting gebruik maakte om ze zelve te hooren. Ik zou dit evenwel volgens art. 144 § 2 niet geoorloofd achten omdat de rechter als hij partijen voor zich wil doen verschijnen art. 49 in acht heeft te nemen.

Terecht werd de oorspronkelijk door Mr. DRUCKER voorgestelde bijvoeging, volgens welke de rechter van de verkregen inlichtingen bij zijne uitspraak gebruik zou kunnen maken, weggelaten. Als men bedenkt, dat hier ophelderingen gevraagd worden, dan spreekt het van zelf dat de rechter daarvan gebruik maakt; de desniettemin uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid zou doen onderstellen, dat met die ophelderingen soms feiten aan de niet uit de dingtalen bekende zouden kunnen worden toegevoegd of dat zij tot verandering in de middelen zouden mogen aanleiding geven. Men lette op de voorzorgen, welke bij de uitoefening van een werkelijk „Fragerecht" in het Ontwerp waren genomen om het resultaat daarvan te constateeren. Vrg. ook HARTOGH en COSMAN op het artikel. Onmogelijk om aan eene weigering om de gevraagde opheldering te geven of aan eene ontwijking der gedane vraag eenig ander gevolg toe te kennen, dan dat de ondervraagde aan hetgeen hij sprak geen bijzonder ge-

wicht hechtte. Daaraan een gevolg toe te kennen als in art. 244 bedoeld ware geheel ongepast, daar het vragen van de opheldering toch niet kan strekken om een bekentenis uit te lokken.

Gevolgen van het antwoord. Zie Dl. II § 65. Ik vermeldde t. a. p. onder I, de verplichting des eischers om het geding voort te zetten in dien zin, dat hij nà het antwoord geen afstand van de instantie mag doen, dan met toestemming van den verweerder. De bepaling van art. 277, waaruit dit gevolg voortvloeit, behoort tot de bepalingen omtrent den afstand van de instantie, bij art. 353 op het hooger beroep toepasselijk verklaard. Ik verwijs daarom naar hetgeen ik t. a. p. schreef.

II. Als een tweede gevolg van het antwoord vermeld ik t. a. p. dat de verweerder geen declinatoire, noch dilatoire exceptien meer kan voorstellen, behalve die van volstrekte onbevoegdheid des rechters. Verwerkte de gedaagde deze exceptien, indien hij ze niet vóór alle andere weren had ingesteld, behalve de laatstgenoemde, thans verwerkt hij ze, wanneer hij die niet tegelijk met zijn antwoord heeft voorgesteld en hij verwerkt niet alleen deze, maar ook elk verdedigingsmiddel dat hij niet bij zijn antwoord voorstelde. Want kon hij in eersten aanleg, indien hij althans ten principale had geantwoord, nog bij conclusie van dupliek, indien hij daartoe ten gevolge van eene door den eischer genomen conclusie van repliek de gelegenheid kreeg, andere middelen ten principale aanvoeren, in hooger beroep kan de eischer alleen van antwoord dienen op een incidenteel beroep des verweerders of op eene door den verweerder in hooger beroep voorgedragene exceptie. Tot het voordragen van verweermiddelen, welke de verweerder in hooger beroep bij zijn antwoord niet deed gelden, bestaat later voor hem geen gelegenheid meer. Dit volgt uit art. 141, dat volgens art. 347 in hooger beroep toepasselijk is, en uit dat art. 347, voor zoover het eene bijzondere bepaling voor het hooger beroep inhoudt. Uitgezonderd zijn natuurlijk de verweermiddelen welke, als de verjaring, in elken stand van het geding kunnen worden ingeroepen. Dit is niet meer het geval met het beroep op de volstrekte onbevoegdheid des rechters, welke dan bestaat als de eerste rechter volgens de wet in het hoogste ressort tot beslissen bevoegd was. Want uit het ook in hooger beroep volgens art. 353 toepasselijk art. 156 (nieuw) volgt dat ook deze niet bij het ant-

woord voorgestelde exceptie van onbevoegdheid door den verweerder niet meer voorgesteld kan worden, maar dat alleen de rechter ambtshalve zich onbevoegd mag en moet verklaren. Hetzelfde moet gelden van die middelen van niet-ontvankelijkheid in hooger beroep, welke ambtshalve moeten worden toegepast. Zie daarover § 160.

III. Het derde gevolg van het antwoord t. a. p. in § 65, bl. 133 aangewezen, vervalt in hooger beroep, omdat de wet het instellen van een eisch in reconventie, die in eersten aanleg niet gedaan werd, in hooger beroep verbiedt. Art. 250 § ult.

TITEL III.

INCIDENTEN.

Terwijl in art. 353 de bepalingen van den derden titel van het eerste boek omtrent vele daarbij behandelde incidenten in hooger beroep toepasselijk worden verklaard, waaronder alzoo die incidenten worden bedoeld, welke ook in eersten aanleg kunnen voorkomen, zoo zijn er ook welke uitsluitend aan het hooger beroep eigen zijn.

Bij de behandeling der incidenten zal ik de volgorde in acht nemen, waarin ik ze in eersten aanleg heb behandeld. Wat daaromtrent ten aanzien van het hooger beroep bijzonders valt op te merken kan op die wijze geleidelijk zijn plaats vinden. De aan het hooger beroep eigene middelen van niet-ontvankelijkheid, zouden bij de exceptien ter sprake moeten komen, indien deze nog tot incidenten aanleiding konden geven. Dit is door het voorschrift om alle middelen te vereenigen vervallen. Slechts twee blijven ter bespreking over. In het bijzonder valt nog te letten op het incident, waartoe de niet of verkeerdelijk bevolen voorloopige tenuitvoerlegging van het vonnis aanleiding geven kan.

Het incidenteel hooger beroep behoort zeker tot de incidenten, doch, dewijl het geen nieuw element in het geding brengt, maar integendeel beoogt de zaak, die door het principaal beroep slechts gedeeltelijk aan het oordeel des hoogeren rechters ware onderworpen, nu in haar geheelen omvang tot onderwerp van het geding te maken, is het mij voorgekomen, dat de voorstelling van den loop van het geding aan duidelijkheid zou winnen, wanneer ik, gelijk ik deed, het incidenteel beroep tegelijk met het principaal beroep besprak.

Wat de nieuwe vorderingen aangaat, deze maken niet het voor-

werp van een incident uit, daar zij met den eisch in hooger beroep vereenigd worden; nieuwe weren zijn in zoover incidenten als zij tot eene conclusie van antwoord aanleiding kunnen geven. Daar zij evenwel niet afzonderlijk behandeld worden en alleen eenige uitbreiding geven aan het geding, doch dit niet ophouden, kwam de behandeling daarvan als van zelf bij het geding in zijn eenvoudigen loop ter sprake.

§ 164 INCIDENTEELE VORDERINGEN.

I. Tenuitvoerlegging bij voorraad.

Tweeërlei incident.

De tenuitvoerlegging van het vonnis des eersten rechters kan tot tweeërlei incident in het geding bij den hoogeren rechter aanleiding geven: 1° indien die tenuitvoerlegging niet is gelast in de gevallen waarin dit bij de wet is bevolen of toegelaten; 2° indien de tenuitvoerlegging van het vonnis bij voorraad is bevolen, buiten de gevallen bij de wet voorzien.

a. Niet bevolen.

In het eerste geval kan de gedaagde in beroep de tenuitvoerlegging bij voorraad alsnog vorderen bij den hoogeren rechter. Art. 351.

De vordering tot tenuitvoerlegging van het vonnis bij voorraad, is eene bijkomende vordering, die in eersten aanleg, wanneer 't niet bij de dagvaarding is gedaan, niet bij wijze van incidenteele vordering gedaan kan worden, omdat bij art. 134 elke vermeerdering van den eisch is verboden. Doch ook indien dergelijke bijkomende, doch niet uit de hoofdvordering als van zelf voortvloeiende vordering het voorwerp van eene incidenteele vordering kon uitmaken, dan nog zou zij niet het eerst in hooger beroep kunnen worden gedaan, indien de wetgever dit niet bepaalde. Bij den strijd die over de vraag, of de wetgever het werkelijk ook in dit geval toelaat, onder de fransche schrijvers gevoerd werd, wordt nog laatstelijk door CREPON II, n°. 2498 beweerd, dat deze vordering geen nieuwe vordering mag heeten, omdat geen nieuwe vordering is de zoodanige die virtueel in de ingestelde vordering ligt opgesloten. En wanneer hij dan vraagt: „Or qu'y a-til de plus virtuellement contenue dans une demande que la possibilité d'exécuter le jugement qui la reconnaîtra fondée et y fera droit?" dan zou ik antwoorden: zeker niet

eene vordering waarop gelijk op deze, al zij het eene bijkomende, de rechter geen recht mag doen, indien zij niet met zoovele woorden door den eischer werd gedaan en welker gegrondheid bovendien in de meeste gevallen van het oordeel des rechters, met het oog op de bijzondere omstandigheden van het bepaald geval, afhankelijk is. En wanneer CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1656 er nog bepaaldelijk op wijst, dat deze vordering in elken stand van het geding gedaan kan worden, dan volgt dit allerminst uit de reden die hij daarvoor aanvoert „parce que les circonstances qui la nécessitent peuvent naître dans le cours du procès et des divers incidents qui s'y rencontrent." Want aangezien de tenuitvoerlegging bij voorraad door de wet is gebonden aan vonnissen over bepaald aangewezen vorderingen gewezen, zoo heeft de eischer ook geen reden om niet de vordering tot voorloopige uitvoerbaarverklaring dadelijk te doen, daar hij toch, als zij hem wordt toegewezen, daarvan naar eigen inzicht al of niet gebruik kan maken. Ook is onze wetgever het zeker niet met CHAUVEAU eens, nu hij verlangt dat de vordering in hooger beroep op de eerste terechtzitting moet, dus niet in elken stand kan worden gedaan. Nieuwe vorderingen, zooals de wet die toelaat, moeten ontstaan zijn na het vonnis (art. 348 no. 1 en 2) en dat is zeker het geval met de door ons besprokene niet. Als zoodanig is zij dus ook niet toegelaten. Evenmin ben ik het met OUDEMAN en DE PINTO eens, dat de vordering tot tenuitvoerlegging bij voorraad als een eisch bij voorraad zou zijn toegelaten Zij moge daartoe gebracht *kunnen* worden, als vaststaat dat zij toegelaten is. Maar dit is juist de vraag. Art. 351 j⁰. 54 moet die vraag beslissen. En dan blijf ik bij de meening, die ik voorstond in eene aanteekening bij een arrest Hof van Zeeland in het R. Bijblad XIV (1864) bl. 119, waarnaar ik verwijs in Dl. I, 3e uitg. bl. 233, en acht ik de vordering tot uitvoering bij voorraad toegelaten, ook indien zij niet in eersten aanleg gedaan werd. Al bestaat er reden om aan art. 54 dezelfde beteekenis te geven als aan art. 136 C. de Pr. en al geven de woorden van dit laatste vooral aanleiding om te onderstellen dat de tenuitvoerlegging bij voorraad in eersten aanleg moet gevraagd geworden zijn, en dat art. 351 (art. 458 C. de pr.), als op art. 54 (art. 136 C. de pr.) terugslaande, daarom alleen dat geval zou mogen geacht worden in het oog te hebben, deze historisch gegrond schijnende interpretatie verliest dien historischen grond wanneer men bedenkt dat, als art. 136 C. de pr. den eersten rechter verbiedt om

het vonnis alsnog met een verzuimde uitspraak betrekkelijk de tenuitvoerlegging bij voorraad aan te vullen, wat de ordonnantie van 1673 toeliet, JOUSSE in zijne aant. op art. 17 van tit. XVII der Ord. juist er op wijst dat dit te pas zou kunnen komen „S i l a p a r t i e a o u b l i é de demander que la sentence s'exécutat par provision." Duidelijker kon niet erkend worden dat de verbetering van het vonnis door het met de tenuitvoerlegging bij voorraad aan te vullen reeds toen gevraagd kon worden in appèl ook als deze niet gevorderd was in eersten aanleg. Daarom mag men gerust, ook voor ons art. 351, evenals voor art. 458 C. de pr., het argument doen gelden dat de wetgever niet onderscheidt en ook niet heeft willen onderscheiden tusschen het geval dat de eischer in eersten aanleg de tenuitvoerlegging bij voorraad had gevorderd of niet, al is de redactie van art. 136 C. de pr. streng genomen wat beperkt.

Bij de herziening van 1896 is het artikel 351 in den aangegeven zin verduidelijkt. Want, al teekenen de HH. HARTOGH en COSMAN daarop aan, bl. 130, dat de wijziging welke het artikel onderging het gevolg is van de afschaffing der g e w o n e behandeling, dit kan alleen slaan op de verandering van de woorden: „summierlijk en bij een eenvoudige acte" in „bij eene conclusie." Wij lezen evenwel thans in het artikel „a l s n o g bij eene conclusie." Dit kan nu wel het geval betreffen, dat in eersten aanleg de vordering werd gedaan, maar niet werd toegewezen of wel voorbijgegaan, maar zeker slaat het in de eerste plaats op het geval dat de vordering alsnog gedaan wordt, terwijl zij aanvankelijk niet gedaan werd.

In het Ontwerp van 1865 is de bepaling van art. 351 gesplitst, zoodat afzonderlijk wordt gesproken van de gevallen, waarin de tenuitvoerlegging bij voorraad m o e t en die waarin zij k a n worden uitgesproken. Volgens de toelichting is de reden van deze verandering daarin gelegen dat art. 351 niet genoegzaam tusschen beide gevallen onderscheidt, terwijl in het eerste geval de hoogere rechter het verzuim des lageren m o e t herstellen, in het tweede hij dit k a n doen. De onderscheiding zoo uitdrukkelijk gemaakt, bevordert de duidelijkheid. Toch geloof ik dat de zin van art. 351 in dat opzicht niet twijfelachtig is en dat de onderscheiding ook nu ligt in de woorden: „bij de wet b e v o l e n of t o e g e l a t e n." In beide gevallen kan de gedaagde in beroep aanvoeren, „dat zij niet werd gelast" en bij den hoogeren rechter vorderen dat hij die tenuitvoer-

legging alsnog gelaste, maar deze kan dit niet anders doen dan op grond van de artt. 52 en 53. Hij zal dus, zooals de lagere rechter had behooren te doen, de tenuitvoerlegging bevelen in de gevallen waarin dit volgens de wet moet geschieden, en naar de omstandigheden handelen waarin de wet het eenvoudig toelaat.

De vordering moet worden gedaan bij eene conclusie te nemen op de eerste terechtzitting waarop de zaak dient. art. 351. Hoe te procedeeren.

Wanneer art. 351 (oud) spreekt van eene eenvoudige akte ten dage tot de eerste terechtzitting bepaald, dan heeft het daarbij het oog op de gewone behandeling en bedoelt het eene beteekende akte die dan tot het verzoek op de eerste terechtzitting aanleiding kan geven. Daaruit verklaart zich ook de uitdrukking: „ten dage tot de eerste terechtzitting bepaald." Die eenvoudige akte moest nu bij de herziening eene conclusie worden. Daarbij komt natuurlijk eene aanwijzing van den dag, waarop zij zal genomen worden niet te pas. Zij wordt eenvoudig genomen op de eerste terechtzitting. Ook naar de oude wet kon dit in summiere zaken niet anders plaats hebben.

Het is de terechtzitting van den dag, tegen welken gedagvaard of bij anticipatie opgeroepen is. Het maakt niet uit, of op dien dag de eischer zich bepaalt tot het aanbrengen der zaak dan of hij ook reeds zijne conclusie van eisch in hooger beroep voordraagt. Hij zal afgescheiden daarvan, de conclusie van den gedaagde tot voorloopige tenuitvoerlegging hebben te beantwoorden en op dit incident zullen naar de bepaling bij de incidenteele vorderingen in art. 247 opgenomen, conclusien worden gewisseld. Indien over de tenuitvoerlegging bij voorraad in eersten aanleg strijd is gevoerd, wat wel bij de toepassing van art. 351 meerendeels het geval zal zijn, dan zal althans eene conclusie van antwoord niet uitblijven. En dat de conclusie van art. 351, even goed als die van art. 349, gemotiveerd moet zijn, dat zal men des noods uit art. 247 kunnen betoogen. Als de zaak zóó moet loopen, is haar gang zwaarmoedig genoeg en steekt zij zonderling af bij de bepaling van C. de Pr. die in art. 458 niet de bevoegdheid gaf om bij conclusie op de terechtzitting te vorderen, maar „la faire ordonner, à l'audience" wat BOITARD op art. 457 terug geeft met: „pour faire provisoirement, sommairement, sur le premier aspect de la cause, ordonner que non obstant l'appel, les poursuites d'exécution pourront marcher." Dat gaat bij ons niet.

Ik zie echter niet in, waarom dit incident de instructie van de hoofdzaak zou behoeven op te houden en niet te gelijkertijd termijn voor conclusie van eisch zou worden bepaald. Het geschil over de voorloopige tenuitvoerlegging heeft dan zijn eigen verloop. Dat tot het vragen van de voorloopige tenuitvoerlegging, welke in eersten aanleg werd geweigerd incidenteel appèl niet noodig is, had het Hof van 's Gravenhage, 16 Nov. 1896 W. 6902, te beslissen.

b. Ten onrechte bevolen, hoe teniet gedaan.

In het tweede geval kan de appellant op de terechtzitting verzoek doen dat de executie worde gestaakt; hij kan daartoe ook de tegenpartij, na bekomen verlof, op korten termijn dagvaarden. Art. 352.

De tenuitvoerlegging bij voorraad kan bevolen zijn buiten de gevallen bij de wet bepaald, doordien de rechter aan de betrekkelijke bepalingen der wet eene ruimere uitlegging heeft gegeven dan daaraan, naar de meening van den appellant, mag gegeven worden, of ook, wat minder licht het geval zal zijn, kan de rechter in gevallen, waarvan de wet niet spreekt, die tenuitvoerlegging bevolen hebben. Bovendien zal in de bepaling van dit artikel 352 vallen het geval dat de rechter ambtshalve het bevel gaf. Zie Dl. II, bl. 232. De appellant zou nu het voorrecht missen, dat de uitvoering van het vonnis wordt geschorst. Wil hij het nadeel, dat daaruit altijd voor hem ontstaan kan, ook al wordt hem later de daaruit ontstane schade vergoed, voorkomen, hij kan dit niet anders dan door de tenuitvoerlegging bij voorraad door den hoogeren rechter te doen verbieden. Moest hij daartoe het vonnis op het hooger beroep afwachten, hij kwam licht te laat. Daarom is hij bevoegd daartoe afzonderlijk eene vordering te doen, die daarom evenals de voorafgaande, eene incidenteele vordering mag heeten. Dat hij kan vorderen dat de executie worde g e s t a a k t, toont duidelijk aan dat de executie moet zijn aangevangen, gelijk het Ontwerp 1865 uitdrukkelijk zegt, dat „de s t a k i n g v a n d e a a n g e v a n g e n uitvoering worde bevolen." Art. 19 van B. II, tit. 4. Anders is de omslag onnoodig; niet wat de tegenpartij m a g d o e n, maar alleen w a t z ij d o e t, behoeft te worden tegengegaan. Maar dan is 't ook voldoende, dat den appellant bevel werd gedaan om aan het vonnis te voldoen. Nu ligt het voor de hand, dat hij zijne vordering ter terechtzitting moet brengen; maar op welke en hoe? Er is geen de minste reden om met OUDEMAN II, § 12 bl. 31 aan te nemen, dat bij voorkeur

de eerste terechtzitting zou bedoeld zijn. Maar welke dan? Het is of de wetgever meent dat er zoo maar altijd eene terechtzitting voor de zaak, waarin dit incident voorkomt, gehouden wordt als de tegenpartij begint te executeeren. En toch is 't niet dan toeval, indien de zaak zelve juist ook op dat oogenblik dienen moet en dit even goed, of de vroegere gewone behandeling gevolgd werd of de summiere of de thans voorgeschrevene. Daarom zal de appellant wel altijd gebruik moeten maken van eene dagvaarding om de tegenpartij tusschentijds ter terechtzitting te doen verschijnen, terwijl hij dan op korten termijn naar art. 7 dagvaarden kan. Ik geloof, dat onze wetgever, indien hij met opzet van het fransche artikel 459 afweek, dat hier alleen de dagvaarding op korten termijn kende, dit wel had kunnen laten. Maar ook hier zegt onze wetgever weêr dat de appellant op de terechtzitting verzoek tot staking doen kan of tot dat einde de tegenpartij bij dagvaarding kan oproepen. De fransche wetgever zeide „l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai." Hij kon dus krijgen wat hij naar onze wet alleen kan verzoeken. De vertaling schijnt den inhoud van het oorspronkelijk artikel terug te zullen geven. Meende de wetgever dit te doen, dan begreep hij de pointe van 't fransche artikel niet en stelde onbewust den zwaarmoedigen voor den vluggen gang in de plaats. De vergelijking van den franschen met den holl. tekst van art. 291, W. 1830 bevestigt deze meening.

De uitvoerbaarverklaring bij voorraad is evenzeer toepasselijk op het vonnis in hooger beroep als op dat in eersten aanleg gewezen. De tenuitvoerlegging geschiedt dan bij voorraad niettegenstaande cassatie. Zij kan natuurlijk alleen gevraagd worden, wanneer de eischer in eersten aanleg in hooger beroep komt, hetzij principaal, hetzij incidenteel. Zij geeft dan evenwel geen aanleiding tot een incident, maar moet bij de dagvaarding of bij conclusie worden gevraagd. Uitvoerbaarverklar. van vonnis i. h. b.

II. Provisioneele vorderingen.

Provisioneele vorderingen kunnen in elken stand van het geding en daarom ook voor het eerst in hooger beroep worden ingesteld, al hadden zij in eersten aanleg ingesteld kunnen worden. Art. 348 n°. 3. In hooger b. toegelaten.

Het ligt voor de hand dat maatregelen, welke de verhouding der partijen gedurende den loop van het proces betreffen, noodig kunnen

zijn, zoowel door omstandigheden in den loop van het geding ontstaan als door de zoodanige, die reeds bij den aanvang van het geding bestonden. Wanneer zij nu al bij den aanvang van het proces bestaan en alzoo een daartoe gedane provisioneele vordering zouden kunnen rechtvaardigen, dan hangt het altijd af van de partij welke die maatregelen in haar belang kan vorderen, of zij van oordeel is dat daaraan reeds nu behoefte bestaat; zij alleen kan dit beoordeelen en moet ze dan ook kunnen uitlokken op het oogenblik dat zij ze voor zich noodig acht. Mag men aannemen dat dit uit den aard der provisioneele vorderingen voortvloeit, dan ligt ook daarin de verklaring dat de wetgever, noch in het algemeen, noch voor de bijzondere provisioneele vorderingen welke hij regelt, voorschriften geeft omtrent het tijdstip waarop zij behooren ingesteld te worden. En dan verklaart zich daaruit tevens dat hij in art. 348 n°. 3 het instellen van een eisch bij voorraad in hooger beroep toelaat zonder onderscheid te maken, of die in eersten aanleg al of niet had kunnen worden gedaan. De eisch bij voorraad wordt, al is het een nieuwe eisch en al had hij in eersten aanleg kunnen gedaan worden, ook in hooger beroep toegelaten. Dat de rechtsvordering eerst zou moeten zijn ontstaan na het vonnis in eersten aanleg gewezen, zooals dat ten aanzien van de onder n°. 1 en 2 van art. 348 genoemde door de wet gevorderd wordt, daarvan is hier geen sprake. Letten wij bijv. op de in de wet geregelde provisioneele vorderingen in zake van een eisch tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed, dan ligt het voor de hand dat de in art. 267, 268 en 269 B. W. vermelde maatregelen uit hunnen aard wel bij den aanvang van het geding zullen worden gevorderd, zoodat ze zelfs volgens art. 820 B. R. reeds van den president kunnen worden verkregen, maar in de artikelen van het Burgerlijk wetboek, evenmin als in die van het Wetb. v. B. R. komt zelfs niet eene aanwijzing voor dat zij niet in den loop van het geding zouden mogen gevraagd worden. Art. 824 bepaalt zelfs dat zij bij met redenen omkleede conclusien ter audientie zullen worden gedaan, waarbij dus wordt ondersteld dat het geding zelf reeds hangende is. En waarom zouden zij dan niet voor het eerst in hooger beroep kunnen worden gevraagd? Zou wat aanvankelijk min noodig scheen, niet door de verlenging, welke het geding door het hooger beroep ondergaat, noodig geacht kunnen worden? En is de noodzakelijkheid om de maatregelen te vragen niet van het subjectief oordeel der vrouw afhankelijk? Met opzicht tot de bij art. 808 en 825 B. R. in verband met art. 245 en 270 B. W.

geregelde maatregelen kan zich de vraag die wij hier bespreken niet voordoen, omdat zij uitsluitend van den President der rechtbank kunnen worden verkregen. Zie art. 808*a* in vergelijking met 808 (oud) volgens hetwelk hunne toepassing van den rechter, d. i. de arrondissementsrechtbank, moest worden gevraagd.

Opmerking verdient dat, ofschoon de C. de pr. omtrent de provisioneele vorderingen niets bepaalde, de jurisprudentie ze toeliet, ook al werden ze voor het eerst in hooger beroep ingesteld. Zie CARRÉ en CHAUVEAU Q. 1675. Wanneer daarbij evenwel onderscheid wordt gemaakt op grond van art. 454 (ons art. 348 n°. 1 en 2) en aangenomen dat de provisioneele vordering moet berusten op behoeften niet ontstaan vóór het vonnis, dan acht ik dit onderscheid bij ons uitgesloten, omdat het door onzen wetgever niet gemaakt is. Ook zou ik zeggen dat, juist uit de omstandigheid, dat de provisie in eersten aanleg niet gevorderd werd, blijkt, dat er t o e n geen behoefte aan bestond. Het spreekt overigens wel van zelf dat in hooger beroep niet kunnen worden gevraagd bijv. onderhoudskosten die men gedurende het geding in eersten aanleg niet genoten heeft, omdat zij toen niet gevraagd waren. Voor eene provisie g e d u r e n d e het geding in eersten aanleg is de tijd voorbij.

De provisioneele vorderingen kunnen worden gedaan bij conclusie met middelen, ter terechtzitting genomen, art. 349, doch ook bij dagvaarding op korten termijn, indien zij tegelijk met den eisch in hooger beroep zelven worden ingesteld. **Wijze van procedeeren.**

Voor de nieuwe vorderingen in n°. 1 en 2 van art. 348 aangewezen en de nieuwe weren in hetzelfde artikel toegelaten, als welke niet tot incidenten aanleiding geven, maar van zelf met den eisch of de verwering zelve worden verbonden, heeft art. 349 geenerlei beteekenis. Maar ook voor den onder n°. 3 genoemden eisch bij voorraad bepaalt het niets nieuws, omdat deze als hij niet te gelijk met den eisch in hooger beroep zelven wordt ingesteld, als incidenteele vordering aan de bepaling van art. 247 j°. art. 353 onderworpen is en dan van zelf gedaan wordt bij met redenen omkleede conclusie, maar ook, wat art. 349 niet eens bepaalt, op een dienenden dag ter terechtzitting moet gedaan worden. Hij kan dan niet meer bij eene dagvaarding op korten termijn worden ingesteld, gelijk de wet dit in art. 352 voor het verkrijgen van een bevel tot opheffing eener executie bij voorraad toestaat.

Er bestaat evenwel geen reden, waarom niet in hooger beroep, evenals in eersten aanleg, eene provisioneele vordering tegelijk met den eisch in hooger beroep wordt ingesteld en dan voor de provisie hetzij mede op den gewonen, hetzij op korten termijn. Art. 343 wil zelfs den eisch bij voorraad, als nieuwe vordering bij art. 348 toegelaten, in de dagvaarding hebben opgenomen.

Zie verder Dl. III, 2e dr. bl. 10. Wat ik daar op bl. 11 vv. zeg over de behandeling der provisioneele vordering, ingesteld nadat de principale vordering reeds ter terechtzitting werd gebracht, is thans, na de afschaffing van het onderscheid van summiere en gewone behandeling, niet meer toepasselijk. Ook in eersten aanleg worden nu, naar art. 247, alle incidenteele vorderingen met conclusien ter terechtzitting geinstrueerd. Overigens is hetgeen ik, op bl. 13, over de verdere instructie schreef ook in appèl van toepassing.

III. Voeging en tusschenkomst.

Wanneer toegelaten.

Gelijk in eersten aanleg, zoo kan ook hij, die een belang heeft in een rechtsgeding tusschen andere partijen in hooger beroep gevoerd wordende, in dit hooger beroep zijn belang doen gelden door zich daarin bij eene der partijen te voegen of daarin tusschen te komen.

Bij art. 284 van het Wetb. 1830 was „de tusschenkomst van anderen in zaken van hooger beroep" uitgesloten. Zij zal niet-ontvankelijk zijn, zeide de wet. Men ging daarbij verder dan de C. de pr., die in art. 466 de tusschenkomst alleen toeliet van hen die recht zouden hebben in derde verzet te komen. Bij de herziening van 1837 viel 't verbod weg en werden, bij art. 353, de bepalingen omtrent „voeging en tusschenkomst" in hooger beroep toepasselijk verklaard. De weglating van de in den C. de pr. voorkomende beperking, in het W. van 1830, was het noodzakelijk gevolg van het niet opnemen van het middel van derde verzet. Verg. ook het door ALLARD bewerkte ontwerp tot herziening van den C. de pr. in België, waarin ook met afschaffing van het derde verzet de tusschenkomst was verboden en daarover DE PAEPE, Etudes sur la compétence I, p. 484, n° 24. Dit middel van d v. nam onze wetgever in 1837 weder in de wet op en de wijze waarop men het met de tusschenkomst in verband bracht, gaf eene natuurlijke aanleiding tot de toepasselijkverklaring van de bepalingen omtrent de tusschenkomst of de voeging en tusschen-

komst, zooals het opschrift van de 14de afdeeling van tit. III inmiddels gewijzigd was, in art. 353. Zeker brengt de opneming van het middel van derde verzet de toelating van de tusschenkomst in hooger beroep als van zelf mede. Immers wordt daardoor de gelegenheid geopend om het middel van derde verzet, dat anders door de niet tusschengekomen partij tegen de uitspraak in hooger beroep zou kunnen worden ingesteld, uit te sluiten. Is het middel van derde verzet niet in de wet opgenomen, dan kan er reden bestaan om in hooger beroep geen tusschenkomst toetelaten, dewijl de tusschenkomende partij hare tegenpartij van eene instantie zou berooven, reden waarom ook nu de reconventie in hooger beroep niet toegelaten werd. Op de eigenlijke voeging zou dit evenwel niet toepasselijk zijn. Er is alzoo een goede reden voor de toelating van de tusschenkomst in hooger beroep en ten onrechte wordt deze meening, die ook is die van DE PINTO Dl. II, § 196, door PENNINCK aant. op art. 288, op grond van dat artikel bestreden. Bij de herziening werd, blijkens v. D. HONERT op § 353 (Handelingen der S. G. 1836/1837, II, bl. 228 op art. 1), ook de voeging en tusschenkomst in hooger beroep bij art. 353 toepasselijk verklaard, en „dus het in art. 20 der wet van 29 Maart 1828 (Wetb. 1830, art. 294) aangenomen stelsel veranderd," Daarentegen werd de reconventie daaruit gelicht, „daar bij den derden titel het doen van reconventie in hooger beroep is uitgesloten, omdat men op die wijze anderszins in hooger beroep een eisch zou inbrengen welke ten eersten aanleg niet is gedaan en derhalve degeen die verweerder in dat cas moet zijn van een graad van jurisdictie zou worden verstoken." Dat desniettemin de voeging en tusschenkomst werd opgenomen doet zien dat daartegen dit laatste bezwaar niet afdoend was bevonden en PENNINCK doet daarop dan ook ten onrechte beroep. Overwegend voor de toepasselijkheid moet geweest zijn het derde verzet te voorkomen, dat bij de herziening van 1837 weder in eere werd hersteld. En met de toelating van het derde verzet wordt de mogelijkheid van die ontneming eener tweede instantie ook geopend. Want had de tusschenkomst in hooger beroep geen plaats, dan kan het verzet door de niet tusschengekomen partij alleen tegen de uitspraak in hooger beroep, dus niet dan bij den hoogeren rechter, worden ingesteld. (art. 377). Uit de bepaling dat de voeging of tusschenkomst niet meer kan plaats hebben nadat de conclusien door partijen zijn genomen (of, zooals het vroeger art. 288 thans in art. 286 is opgenomen, dat zij wordt aangebracht bij conclusie ter terecht-

zitting ten dienenden dage vóór of op dien waarop de laatste conclusie in het aanhangig rechtsgeding wordt genomen) maakt PENNINCK ten onrechte op dat zij in hooger beroep is uitgesloten. Dit beteekent toch niet anders dan dat de geregelde afloop van het geding als eens de conclusien genomen zijn, door een derde niet mag worden verstoord. Verg. Dl. III, bl. 52 en vv. In hooger beroep wordt het geding aan eene nieuwe behandeling onderworpen en wordt daardoor de gelegenheid tot tusschenkomst ook weder geopend.

In mijne verhandeling over het aangehaalde werk van DE PAEPE, Rechtsg. Magazijn 1894, bl. 282—288 kom ik met eenig verschil in de argumentatie tot de beantwoording van de hier behandelde vraag tot hetzelfde resultaat.

De bevoegdheid om zich in hooger beroep te voegen, waar eene partij dit in eersten aanleg niet deed, heeft niet het bezwaar dat daardoor eene instantie zou worden ontnomen aan de tegenpartij, omdat de gevoegde partij, met de partij bij welke zij zich voegt optredende, ook waar zij zich voegt bij den eischer, geen nieuwe vordering in het geding brengt. Aangezien nu de wet beide middelen aan denzelfden regel onderwerpt, ligt hierin ook een reden om niet op een grond die alleen de tusschenkomst zou uitsluiten, ook de bevoegdheid tot voeging te doen vervallen, veeleer zou men dan beide toegelaten moeten achten. Het verdient evenwel opmerking dat nu voor de toelating der voeging een reden te meer hierin bestaat dat, indien de verweerder zich in eersten aanleg tot een bloot exceptieve verdediging bepaalde en daardoor zijne andere verdedigingsmiddelen had verwerkt, de belanghebbende partij, door zich in hooger beroep te voegen, zal kunnen zorgen, dat zij ook niet in den verderen loop van het geding in strijd met zijn belang verzuimd worden. Verg. Dl. III, bl. 64. De fransche en belgische jurisprudentie schijnen intusschen alleen de eigenlijke voeging in hooger beroep toetelaten. Verg. DE PAEPE, l. c. n°. 25.

Wanneer evenwel eene partij zich in eersten aanleg niet gevoegd heeft zal zij, bij stilzitten der partij bij welke zij zich had kunnen voegen, niet zelfstandig in hooger beroep kunnen komen. Dat wordt door art. 286 § 1 (vroeger art. 288) uitgesloten. „Waar iemand zich zal voegen moet er eene partij in geding zijn, bij welke zij zich voegt; met de uitspraak van het vonnis is het geding voorshands afgeloopen, er zijn geen gedingvoerende partijen en er is geen rechtsgeding hangende, wat art. 285 tot voorwaarde stelt voor voeging

zoowel als voor tusschenkomst. Het geding zal niet weer hangende zijn voordat eene der partijen door in hooger beroep te komen het weer aanhangig heeft gemaakt en zeker is art. 332 niet toepasselijk op iemand die geene partij geweest is, maar het nog zou moeten worden en die het niet anders zou kunnen worden dan door zich te voegen. Niet alleen zijn in het in eersten aanleg besliste geding de laatste conclusien genomen (art. 286 § 1) maar er valt niets meer door partijen te verrichten." Dus schreef ik in mijne straks aangehaalde verhandeling in Rechtsg. Mag. bl. 282 en daar heb ik niets anders bij te voegen, dan alleen dit, dat een incident zich moeilijk laat denken zonder een geding.

Dat het rom. recht aan de partij die zich had kunnen voegen toestond om van het tusschen andere partijen gewezen vonnis te appelleeren, wat ook in onze oud-hollandsche praktijk toegelaten werd, GROTIUS Isagoge Lib. II, cap. 6 § 21, kan natuurlijk geen grond zijn, om hetzelfde onder onze wetgeving aan te nemen, al leiden de processualisten, als GAIL, Obss. I, 70 n° 5, dit af uit de bevoegdheid om zich in appèl te voegen.

Mag alzoo als vaststaande worden aangenomen dat voeging en tusschenkomst als in eersten aanleg, zoo ook in hooger beroep kan worden in toepassing gebracht, zoo kan ik wat het karakter van deze middelen betreft, verwijzen naar hetgeen ik daaromtrent in Dl. III, §§ 80, 81 en 82 schreef. Dat ik mij daarbij in hoofdzaak meen te mogen houden aan het onderscheid tusschen voeging en tusschenkomst zooals ik dit in § 80 ontwikkelde, en dat ik met het oog op een arrest van den H. Raad 6 April 1894, W. 6485 en de daarbij behoorende conclusie van den advocaat-generaal GREGORY nader aanwees in Rechtsg. Magazijn 1897, bl. 44, teekende ik hierboven bl. 69 aan. Zie ook een vonnis der Rechtbank te Utrecht 20 Jan. 1897, W. 6920.

Met het oog op de wijziging, welke de hier te pas komende bepalingen bij de wet van 1896 ondergingen, zal ik ook hier de wijze van procedeeren tot tusschenkomst en voeging nader uiteenzetten. Zij is in hooger beroep niet anders dan in eersten aanleg en zoo zal ik de gelegenheid hebben om meteen die wijzigingen aan te geven, welke de door mij voor den eersten aanleg beschreven procedure behoort te ondergaan.

Hoe te procedeeren bij tusschenkomst?

De eisch, welken eene partij langs den weg van tusschenkomst wil instellen, wordt opgenomen in eene schriftelijke conclusie en op grond van het daaruit blijkend belang des eischers wordt verder in hetzelfde stuk geconcludeerd, dat hij als tusschenkomende partij worde toegelaten met dien eisch, opdat deze hem langs dien weg worde toegewezen.

Zij moet op straffe van nietigheid, behalve de gronden waarop de vordering berust, aanwijzen naam en voornaam en woonplaats van de tusschenkomende partij en voorts opgave van den gestelden procureur met keuze van woonplaats, indien die niet bij den procureur gekozen werd.

De conclusie wordt genomen ter terechtzitting waarop de hoofdzaak dient vóór of op dien, waarop de laatste conclusie in het aanhangig rechtsgeding genomen wordt.

De hoofdpartijen zijn bevoegd de toelating te betwisten. Daartoe worden conclusien genomen, waarop de rechter, desnoods na gehouden pleidooien, zal beslissen. Gelast hij bij die gelegenheid partijen voort te procedeeren, dan bepaalt hij bij hetzelfde vonnis den dag waarop zij gehouden zullen zijn tot dat einde ter terechtzitting te verschijnen. Wordt de toelating niet betwist, of wordt het verzet tegen de toelating afgewezen, dan moet door de hoofdpartijen op den bij tusschenkomst ingestelden eisch worden geantwoord bij ter terechtzitting te nemen conclusien. Art. 285—288.

Het onderscheid dat ik t. a. p. § 81 tusschen de gewone en summiere behandeling moest maken is weggevallen en uit de gewijzigde bepalingen der wet volgt, dat in hoofdzaak geprocedeerd wordt op de wijze als ik dit voor de tusschenkomst in zaken van summiere behandeling aanwees.

De wijzigingen, welke bij de aangehaalde artikelen, in verband met de afschaffing der vroegere onderscheidene behandeling, gemaakt zijn, geven mij geen reden om terug te komen van mijne op grond van vroegere bepalingen ontwikkelde meening, dat de vordering tot tusschenkomst, wanneer zij niet betwist wordt, geene beantwoording bij afzonderlijke conclusie en dan ook geen afzonderlijke beslissing des rechters noodig maakt. Wordt eene conclusie om tusschen te komen genomen, dan ligt het voor de hand dat de partijen een ter-

mijn vragen om daarop te antwoorden. Doen zij dit, kan dan dit antwoord zich bepalen tot de verklaring dat zij zich niet tegen de toelating verzetten en desnoods kan dan een nadere termijn worden verleend om op den bij tusschenkomst ingestelden eisch, die hun uit de voorgedragen conclusie bekend is, te antwoorden. Ook kunnen zij al dadelijk ter terechtzitting, waarop de conclusie genomen werd, die verklaring, dat zij zich niet verzetten, afleggen en tot antwoord termijn verzoeken. Van die verklaring kan des noods in het een en ander geval ter terechtzitting akte worden verleend. Maar daarmede is dan ook de prealable vraag, betreffende het incident afgedaan en gaat het geding met den daarin incidenteel optredenden eischer voort. Eene afzonderlijke behandeling der toelating zal, ook waar zij niet betwist wordt, alleen in zaken van schriftelijke behandeling noodig zijn, omdat de toelating dan ook ter terechtzitting moet worden behandeld volgens art. 286 § 2 (nieuw) uit art. 287 (oud) behouden. Daarbij acht ik het niet noodig stil te staan.

De conclusie. Hij die verlangt tusschen te komen in een tusschen andere partijen hangend geding moet daarbij belang hebben. Wanneer hij nu de gronden waarop de tusschenkomst berust, overeenkomstig art. 287, moet opgeven, dan zal hij zich natuurlijk niet mogen bepalen tot het beweren van belang daarbij te hebben, maar dat belang zal moeten blijken en daartoe is het noodig dat hij den eisch meedeelt, welken hij bij tusschenkomst wil doen gelden. Terwijl deze wederom in zijn verband tot de aanhangig gemaakte zaak niet kan beoordeeld worden, zonder dat hij behoorlijk geformuleerd, d. i., zooals art. 5 het uitdrukt, met onderwerp en middelen is aangewezen, zoo moet de conclusie wel dien aldus geformuleerden eisch als grond voor de tusschenkomst inhouden.

Wat de procureurstelling betreft, deze zal uit het hoofd der conclusie, zooals die gewoonlijk gesteld wordt, wel blijken en ook voldoende blijken, als de tusschenkomende partij daarin vermeld wordt als „compareerende bij N. N. procureur." Naam, voornaam en woonplaats van de partij zelve, komen daar ook van zelf bij omdat zij zich wel moet doen kennen. Toch verdiende een en ander in bijzonderheden vereischt en zelfs op straffe van nietigheid voorgeschreven te worden, omdat deze conclusie de dagvaarding vervangt. HARTOGH en COSMAN op art. 287 bl. 118. Dit geldt ook van de

keuze van woonplaats, wanneer die niet is gekozen bij den procureur; doch dan had er ook nog wel bijgevoegd mogen worden dat dan die keuze moet geschieden binnen de gemeente waar de rechter zitting houdt.

Opmerking verdient dat de verandering van redactie welke art. 288 (oud) bij zijne overbrenging naar art. 286 (nieuw) onderging de beperking, waaraan het de bevoegdheid om in het geding tusschen te komen onderwierp, en die ik Dl. III, bl. 53 vv. (*) afkeurde, merkelijk heeft verminderd door de tusschenkomst nog toe te laten ten dage waarop de laatste conclusie in het aanhangig rechtsgeding wordt genomen. In hooger beroep geeft dit echter niet veel.

Procedure bij voeging.

De wijze waarop in zake van voeging geprocedeerd wordt is dezelfde als die bij tusschenkomst. Daar hier evenwel geene vordering door den derde wordt ingesteld kan deze ook niet in de ter terechtzitting te nemen conclusie om als gevoegde partij te worden toegelaten, worden opgenomen.

Die introductieve conclusie zal derhalve alleen het belang kunnen motiveeren, dat de zich voegende partij er bij heeft, dat de partij bij welke zij zich voegt, in het gelijk gesteld worde. Alleen de betwisting daarvan zal tot eene afzonderlijke behandeling der toelating tot voeging aanleiding geven.

Valt er geen betwisting, dan wordt de voeging geacht te zijn toegelaten, ook zonder afzonderlijke uitspraak des rechters en zijn de hoofdpartijen verplicht alle beteekeningen of mededeelingen welke zij aan elkander doen, ook aan de gevoegde partij te doen.

Daar de voeging in het geding bestaat in het bijstaan van, het zich voegen bij eene der partijen, zoo zal uit de conclusie tot toelating moeten blijken, bij welke der partijen de zich voegende partij verlangt aan te sluiten. Sluit zij zich aan bij den eischer, dan moet zij aantoonen belang te hebben bij de toewijzing van den eisch en kan hare conclusie geen andere zijn dan die des eischers, omdat zij evenmin als de eischer zelf nieuwe feiten of rechtsmiddelen in het proces kan brengen. Sluit zij zich aan bij den gedaagde, dan moet zij aantoonen belang te hebben bij de afwijzing der vordering.

(*) Op bladz. 54 aldaar behoort in den tweeden en derden regel v. o. in plaats van art. 141 gelezen te worden: art. 288, waarmede dan natuurlijk op art. 288 (oud) gedoeld wordt.

Indien evenwel de gedaagde zich bepaalt bij eene exceptieve verdediging en zich bijv. alleen op 's rechters onbevoegdheid heeft beroepen, zoodat tot de voeging niet dan tengevolge van een door den eischer genomen conclusie van repliek gelegenheid zal bestaan, dan zal de gevoegde partij haar belang bij het geding moeilijk kunnen aantoonen, daar zij geene verdediging zal kunnen voeren, welke de gedaagde heeft verwerkt. Maar wanneer zij haar verzoek doet op de terechtzitting waarop de conclusie van eisch wordt voorgedragen of vóórdat nog de gedaagde conclusie nam, dan zal zij, toegelaten zijnde, tot de aanvulling van de door den gedaagde gevoerde verdediging bevoegd zijn en de verweermiddelen, welke deze ongebruikt liet, in het geding kunnen brengen. Want het antwoord op den eisch ligt dan niet uitsluitend in de conclusien van de gedaagde hoofdpartij, maar ook in die der gevoegde. In hooger beroep zal de gevoegde partij, indien zij zich aan den appellant aansluit, moeten doen blijken van belang bij de vernietiging van het vonnis in eersten aanleg gewezen; zoo bij den geintimeerde, van belang bij de bevestiging daarvan. Ook hier zal de gevoegde partij, als zij niet te laat komt, het verwerken van verweermiddelen door den geintimeerde zelven kunnen voorkomen.

Wanneer ik met deze mijne opvatting vergelijk een arrest van het hof van Amsterdam van 16 Januari 1891, W. 5990, dan komt het mij voor dat, indien in de daar behandelde zaak, blijkens het opschrift van een werkelijke t u s s c h e n k o m s t de rede ware geweest, de tegenpartij terecht tegen de tusschenkomst opkwam op grond. dat de verzoeker heeft nagelaten kenbaar te maken, waartoe, werd hij als tusschenkomende partij toegelaten, zijne conclusie zou strekken." Immers hij zou dan met een zelfstandigen eisch in het proces komen en het belang dat hij mocht hebben om dien eisch in dit geding te doen gelden, zou niet anders dan door de mededeeling van dien eisch kunnen beoordeeld worden. Indien hier evenwel, en dit meen ik uit den inhoud van het vonnis te moeten opmaken, een v o e g i n g, zij het dan onder de benaming van tusschenkomst, werd gevraagd, dan zou ik met het Hof van oordeel zijn, dat de voegende partij, om haar belang te bewijzen, hare te nemen conclusien niet behoeft mede te deelen, niet evenwel omdat de wet dit niet bepaalt, maar omdat het karakter van de voeging dit uitsluit, aangezien de gevoegde partij bij hare conclusie tot toelating alleen het belang dat zij bij den triumf van eischer of gedaagde heeft, behoeft aan te wijzen en

de conclusie, die zij als gevoegde partij te nemen heeft, niet anders kan zijn, dan eene aansluiting aan de conclusien door de hoofdpartij bij welke zij zich voegt, genomen, of eene aanvulling van de gronden, waarop deze berusten. Verder ben ik het met het Hof eens, dat in het behandelde geding het belang der gevoegde partij met de hoedanigheid van erfgenaam bij versterf, waarin zij optrad genoegzaam werd aangetoond. Dat voorts in het hier besproken geding de gevoegde partij eerst kennis wilde nemen van de memorie van grieven, om dan zelf aan het Hof voor te dragen de gronden, welke in die memorie eens niet mochten worden aangevoerd, komt mij voor geheel overeenkomstig te zijn met de stelling welke de gevoegde partij in het geding inneemt. Naar de nieuwe wet zou de partij die zich bij den appellant wilde voegen kunnen zeggen dat hij eerst van de conclusien van eisch in hooger beroep zou willen kennis nemen. Want het laat zich zeer goed denken dat eene partij toelating tot voeging vordert op den eersten dienenden dag, vermits zijn belang bij het geding in hooger beroep dan behoorlijk beoordeeld kan worden.

Ik meen dat ook uit het voorgaande blijkt, dat het van groot belang is in de toepassing der wet tusschen tusschenkomst en voeging wèl te onderscheiden. De wetgever, door beide middelen naast elkander te noemen, maakt daardoor onderscheid tusschen beide, maar hij heeft de nadere ontwikkeling van dat onderscheid „aan de wetenschap en hare uitleggeren" overgelaten. Dit behoort ook niet tot de wijze van rechtspleging, al heeft het noodzakelijk invloed op enkele bijzonderheden, maar het heeft zijn grond in het onderscheid van de rechtsbetrekkingen die tot de eene of andere aanleiding geven.

Ten slotte nog een paar opmerkingen.

Moeilijk zou ik mij kunnen vereenigen met het gevoelen van den heer DE PAEPE, waar hij, Etudes sur la compétence civile I, bl. 455, Bruxelles 1889, met beroep op een vonnis van de rechtbank te Brussel van 15 Febr. 1889 van oordeel is, dat de voeging in de dagvaarding zou kunnen plaats hebben, waarbij dan de gevoegde partij met den eischer zou optreden. Indien al hij, die met den eischer een geding aanhangig maakt, dus optredende gezegd zou kunnen worden in een tusschen dien eischer en een ander aanhangig gemaakt geding op te treden, wat ik betwijfel,

zonderling mag het heeten, om zóó met den eischer op te treden tot behartiging van een eigen belang dat die eischer zou kunnen verwaarloozen.

Zonderling niet minder lijkt mij een eischer, die zijn eigen dwarskijker meebrengt. Maar bovendien moet de voeging bij conclusie in het aanhangig geding aangebracht worden, wat deelneming aan de dagvaarding uitsluit.

Daar de tusschenkomende partij eene zelfstandige vordering tegen beide hoofdpartijen instelt, zoo zal zij, in het ongelijk gesteld wordende, jegens beide deze partijen in de kosten veroordeeld worden en omgekeerd. Ik had daarover bij de behandeling der tusschenkomst in Dl. III niets bijzonders op te merken. Ten aanzien van de voeging meende ik den regel van art. 56 op deze wijze te moeten toepassen, dat de gevoegde partij in de kosten der voeging veroordeeld wordt, indien hare hoofdpartij, in het ongelijk wordt gesteld, gelijk de andere hoofdpartij, indien deze het proces verliest, jegens de gevoegde partij in de kosten der voeging wordt veroordeeld. T. a. p. bl. 71. Ik zou hier niet op terugkomen, indien niet door den heer DE PAEPE a. w. I, bl. 452 als gevolg van het onderscheid tusschen voeging en tusschenkomst ook dit werd aangenomen, dat de gevoegde partij altijd de kosten der voeging voor hare rekening zou houden, al werd de partij bij welke zij zich voegde in het gelijk gesteld. Hij beroept zich daartoe op de bijzondere bepaling van art. 882 C. C., waarin hij een toepassing vindt van den regel, welke iedere voeging beheerscht, waarmede te vergelijken de jurisprudentie door hem in een soortgelijk geval op blz. 462 n° 1 aangehaald. Het aan art. 882 C. C. ontleende art. 1113 B. W. levert bij ons geen grond voor dit gevoelen op. Het wil mij voorkomen dat ook in het bijzonder karakter der voeging geen reden ligt, om van den algemeenen regel van art. 56 B. R. af te wijken. Is toch de gevoegde partij eens als zoodanig toegelaten, dan heeft zij daardoor in vereeniging met de partij bij welke zij zich voegt, tegen de andere den strijd aangebonden en deze laatste heeft haar als tegenpartij aan te nemen. Ook tegenover haar wordt zij, als zij 't proces verliest, in het ongelijk gesteld.

Het zal nauwelijks behooren opgemerkt te worden dat, aangezien de voeging en tusschenkomst wordt aangebracht ter terechtzitting ten dienende dage, d. i. dus op eene terechtzitting, waarop de

hoofdzaak dient, en deze dientengevolge ter rolle wordt afgeroepen, de procureur der gevoegde of tusschenkomende partij van dit dienen der zaak gebruik maakt om den voorzitter het woord te verzoeken, ten einde zijne conclusie in het geding tot toelating voor te dragen. Van eene inschrijving ter rolle is hier dan geen sprake.

IV. Vrijwaring.

Wanneer? Wanneer in den eersten aanleg een derde in vrijwaring is geroepen, dan zal tot eene oproeping in vrijwaring in het geding in hooger beroep alleen dan aanleiding bestaan, indien in geval van oneigenlijke, zg. eenvoudige, vrijwaring de tot vrijwaring opgeroepen partij zich niet in het geding heeft gevoegd.

Indien in eersten aanleg geen oproeping in vrijwaring heeft plaats gehad, kan deze in hooger beroep niet meer gedaan worden, behalve ingeval het hooger beroep bij de arrondissementsrechtbank dient en de in vrijwaring geroepene de onbevoegdheid der rechtbank niet tegenwerpt.

Wanneer in het geval van eigenlijke vrijwaring de verweerder buiten het proces is gesteld, dan wordt het geding tusschen den waarborg en den oorspronkelijken eischer voortgezet en dit gaat in hooger beroep zoo voort, zoodat er van eene oproeping in vrijwaring in hooger beroep geen sprake kan zijn. Heeft de waarborg wel de zaak overgenomen, maar is de verweerder in het geding gebleven en alzoo gevoegde partij geworden, dan kan, zelfs indien zij als gevoegde partij, bij het stilzitten van den in het ongelijk gestelden waarborg, in hooger beroep zou kunnen komen, bij dat aldus aangelegde hooger beroep, waarin vanzelf de waarborg en de oorspronkelijke eischer, die in eersten aanleg als hoofdpartijen hebben gefungeerd, worden betrokken, evenmin eene oproeping in vrijwaring te pas komen. Evenmin zal zij te pas komen, indien de gewaarborgde in het geding is gebleven en tegenover den oorspronkelijken eischer in het ongelijk gesteld werd. Werd hem dan bovendien zijn eisch tot vrijwaring ontzegd, dan zou hij in hooger beroep tegen den oorspronkelijken eischer en den waarborg optreden. Werd hem zijn eisch tot vrijwaring toegewezen, in welk geval het nadeelige vonnis tegen hem door den oorspronkelijken eischer verkregen in de eerste plaats voor den waarborg nadeelig zou zijn, dan zou deze in beroep

komen en de beide andere partijen daartoe oproepen. Ook dan was er tot eene oproeping in vrijwaring onmogelijk aanleiding. Maar ook wanneer de verweerder in het geding was gebleven en tegen den oorspronkelijken eischer in het gelijk was gesteld, wordt het niet anders. Zeker is daarmede ook het doel van den eisch tot vrijwaring vervallen en moet de waarborg daarvan ontslagen zijn. De eenige partij die dus reden heeft tot hooger beroep, is de oorspronkelijke eischer, die echter niet alleen den oorspronkelijken verweerder in hooger beroep heeft te dagvaarden, maar ook den waarborg omdat deze, al nam hij de zaak niet over, tengevolge van zijne oproeping in vrijwaring rechtens als gevoegde partij in het geding optrad. Immers uit zijne verplichting tot vrijwaring vloeit niet alleen voort om den gewaarborgde schadeloos te stellen, indien de tegen hem ingestelde eisch mocht worden toegewezen, maar ook om hem tegen dien ingestelden eisch te beveiligen en eene veroordeeling van hem af te weren. Alleen in het geval dat de oorspronkelijke vordering werd toegewezen en de eisch in vrijwaring ontzegd, zou de aldus in het ongelijk gestelde verweerder van het vonnis in beroep komende met de vernietiging van het vonnis de ontzegging van den oorspronkelijken eisch kunnen vorderen met toewijzing, in geval van veroordeeling, van zijn in eersten aanleg ingestelden eisch tot vrijwaring. Maar daartoe wordt dan de waarborg in hooger beroep niet tot vrijwaring opgeroepen, maar wordt de in eersten aanleg tegen hem ingestelde eisch tot vrijwaring voortgezet.

Bij de eenvoudige vrijwaring kan het anders zijn. De aldus tot vrijwaring in het geding geroepene kan zich daarin voegen, maar hij kan er ook geheel buiten blijven. Dan zal het eenig gevolg van de oproeping in vrijwaring zijn, dat de beide gedingen gezamenlijk worden behandeld. Zie Dl. III, bl. 96. Werd in zoodanig geval de oorspronkelijke eischer in het ongelijk gesteld, dan is de vrijwaring gebleken zonder doel te zijn, en met de ontzegging van den eisch tegen den oorspronkelijken verweerder, zal het ontslag van den waarborg gepaard gaan. Wanneer dan evenwel de oorspronkelijke eischer in hooger beroep komt, dan zal hij alleen tegen het vonnis opkomen, voorzoover het tegen hem en den oorspronkelijken verweerder werd gewezen. De uitspraak betreffende de vrijwaring gaat hem niet aan; hij is daar geheel buiten gebleven daar de in vrijwaring geroepene zich niet bij den oorspronkelijken verweerder heeft gevoegd. Hij dagvaardt dus in hooger beroep uitsluitend den oorspronkelijken ver-

weerder en deze zal nu den waarborg opnieuw in vrijwaring moeten roepen om hem, in geval van eigen veroordeeling, met vernietiging van des eersten rechters uitspraak, die hem van de verplichting tot vrijwaring onthief, tot schadeloosstelling veroordeeld te zien.

Niet in hooger beroep, zoo niet heeft plaats gehad in eersten aanleg. Eene bepaling als ten aanzien van de reconventie in art. 250 a. h. e. voorkomt, bevat de wet ten aanzien van de vrijwaring niet. Maar volgt dan niet de toepasselijkheid van de bepalingen omtrent vrijwaring in hooger beroep daaruit, dat die voorschriften in den eersten titel zijn opgenomen, die juist bestemd is voor de algemeene bepalingen betreffende de wijze van procedeeren voor alle gerechten? Oppervlakkig zou men 't kunnen meenen, maar bij eenig nadenken ziet men in, dat, al mogen die bepalingen voor alle gerechten geschreven zijn, daarmede niet is uitgemaakt, dat zij zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep en in cassatie in toepassing kunnen komen. Zoo lijdt het dan geen twijfel, of in het straks besproken geval eene oproeping in vrijwaring in hooger beroep kan plaats hebben, indien zij in eersten aanleg ook had plaats gehad. Het is alleen een gevolg van de bijzondere verhouding der partijen dat de waarborg in hooger beroep opnieuw moet worden opgeroepen. Maar, wanneer die oproeping in eersten aanleg in het geheel geen plaats had gehad, dan wordt het de vraag, of de hoogere rechter bevoegd is om in eersten aanleg en in het hoogste ressort over de vordering tot vrijwaring te oordeelen.

Men zal dan moeten onderscheiden tusschen het geval dat de zaak in hooger beroep bij de arrondissementsrechtbank of bij het Hof dient. In het eerste geval zal, indien de vordering tot vrijwaring tot de bevoegdheid van den kantonrechter behoort, de arrondissementsrechtbank daarover, krachtens art. 157, in het hoogste ressort kunnen rechtspreken. Dient de zaak bij het Hof, dan zal de rechter zich zelfs ambtshalve onbevoegd moeten verklaren. De verweerder in vrijwaring zou, ware het anders, van eene instantie worden beroofd, wat alleen, indien de zaak in hooger beroep bij de arrondissementsrechtbank behoort, met zijn goedvinden kan plaats hebben. Wel hebben wij gezien dat het bij tusschenkomst en voeging anders gesteld is, dat de wetgever dit middel ook voor het eerst in hooger beroep toelaat, omdat de niet tusschengekomene partij toch tegen het in hooger beroep gewezen vonnis in derde verzet zou kunnen

komen. Ofschoon nu dit argument ook voor de toelating der vrijwaring voor het eerst in hooger beroep zou kunnen gelden, in zoover ook de niet in vrijwaring geroepene reden tot derde verzet zou kunnen hebben, zoo heeft het toch niet tot eene uitdrukkelijke toelating ook van de vrijwaring voor het eerst in hooger beroep geleid. En deze ware hier evenals voor de voeging of tusschenkomst noodig geweest. Het voorschrift van art. 68 dat de conclusie tot oproeping in vrijwaring moet geschieden vóór alle weren, leidt ook tot hetzelfde besluit. — De uitsluiting van de vrijwaring in hooger beroep in Ontw. 1865, art. 22 schijnt in verband met art. 28 § 2 van II tit. I, te absoluut.

De oproeping tot vrijwaring en de dientengevolge ingestelde eisch tot vrijwaring worden behandeld op de wijze als in de vijfde afdeeling van den eersten titel van het eerste Boek van het Wetboek is bepaald. Wijze van procedeeren.

Met verwijzing naar de uiteenzetting van de beteekenis der hier toepasselijke voorschriften in Dl. III § 83, bl. 84 vv., zal ik mij bepalen tot enkele opmerkingen in verband met de wijzigingen, welke in die voorschriften bij de wet van 1896 zijn gebracht, zonder daarbij in het bijzonder stil te staan bij de nu in art. 68 uitdrukkelijk ook aan den eischer toegekende bevoegdheid om tot vrijwaring opteroepen.

1°. Naar de wet van 1838 werden door de oproeping in vrijwaring alle verdedigingsmiddelen welke vóór andere weren moesten worden voorgedragen, gedekt. Al werd de oproeping tot vrijwaring niet meer tot de exceptien gerekend, in algemeenen zin moet zij tot de verdedigingsmiddelen worden gebracht, daar er eene voorbereiding tot de verdediging en wel de onmiddellijke voorbereiding van de verdediging op de hoofdzaak in ligt, (Dl. III, bl. 98). Niet duidelijker kon de verweerder te kennen geven, dat hij daarmede tot de verdediging op de hoofdzaak overging, aangezien hij alleen daartoe de oproeping tot vrijwaring noodig had. Wilde de verweerder van de middelen, welke vóór andere weren moesten worden voorgesteld gebruik maken, dan kon hij daarover het geschil met den eischer eerst uitmaken en zijne conclusie om tot vrijwaring te mogen oproepen nemen op den dag, waarop hij ten principale moest antwoorden. Dan kwam de op te roepen waarborg in het geding, nadat de geschillen waarmede hij niet te maken had, afgeloopen waren, en het was zeker dat hij niet voor een rechter geroepen werd wiens

bevoegdheid de eischer in vrijwaring zelf bestreed en dat hij zich niet had in te laten in de vrijwaring tegen een eisch die wegens eene nietigheid in de dagvaarding kon worden niet-ontvankelijk verklaard, van welken het alzoo niet zeker was, of de oorspronkelijke eischer dien wel zou kunnen doen gelden, zooals hij dien had ingesteld.

Nu men bij de herziening van 1896 de vereeniging van alle exceptien met het antwoord ten principale (art. 141) voorschreef, moet daarvan wel het gevolg zijn dat het verzoek tot oproeping tot vrijwaring vóór de eigenlijke verwering plaats heeft en de waarborg alzoo ook de procedure over de exceptien, welke hem overigens niet aangaan, medemaakt, totdat hierop met de hoofdzaak wordt beslist om dan te vernemen, ingeval een exceptie wordt toegewezen, dat zijne verschijning in vrijwaring, evenals de geheele verdediging op de hoofdzaak overbodig bleek te zijn en hij den gewaarborgde had verdedigd of in diens verdediging had bijgestaan tegen een eisch waartegen de gewaarborgde geen verdediging behoefde. Evenals men zich ter vereenvoudiging van het geding eene later onnoodig blijkende verdediging op de hoofdzaak heeft te getroosten, evenzoo de soms later onnoodig blijkende verwikkeling van het proces met eene procedure in vrijwaring. Dus schreef de wetgever in art. 68 (nieuw) voor dat de verweerder zijne conclusie, strekkende tot de oproeping van een derde tot vrijwaring moet nemen vóór alle weren op den dag voor het voordragen der verwering bepaald.

Ik laat voor het oogenblik daar, hoe het gaan moet met eene exceptie van verknochtheid of aanhangig geding, welke volgens art. 158 en 159 óók moeten worden voorgedragen bij met reden omkleede conclusie vóór alle weren, op den dag voor het voordragen der verwering bepaald. De conclusien tot verwijzing wegens verknochtheid of aanhangig geding zullen het met die conclusien tot oproeping in vrijwaring moeten vinden. Zullen zij tot haar recht komen, dan moeten zij bij afzonderlijke conclusie voorafgaan. Verg. v. Rossum, bl. 118. Onder de wet van 1838 kon zich m. i. deze vraag niet voordoen, aangezien, door de oproeping in vrijwaring of door het verzoek daartoe, de afzonderlijk voor te stellen exceptien waren gedekt. Anders denken hierover de HH. Hartogh en Cosman die de hier bestaande moeielijkheden uit de oude wet overgeërfd achten.

Maar op de vereeniging van alle weren laat de wetgever bij de vrijwaring ééne uitzondering toe, deze nl. dat de exceptie van onbe-

voegdheid zal mogen worden opgenomen in de conclusie tot oproeping in vrijwaring. De exceptie zal zelfs gedekt zijn, indien dit niet geschiedt ten ware de onbevoegdheid eene volstrekte mocht wezen. Nu moge het niet zeer logisch schijnen om in eene zelfde conclusie te verlangen, dat de rechter zich onbevoegd verklare en tevens dat hij bevele dat een ander in het voor hem aanhangig gemaakte geding zal worden geroepen, doch evenals in andere gevallen de verweerder 's rechters onbevoegdheid beweert en toch zijne verdediging op de hoofdzaak aan zijn oordeel moet onderwerpen, zoo kan hij ook hier de onbevoegdheid beweren en tevens, voor 't geval de rechter daar anders over mocht denken, hem verzoeken eene oproeping in vrijwaring toe te staan. Deze laatste geeft evenwel tot grootere verwikkeling van het proces aanleiding, dan eene met de exceptieve verdediging vereenigde verdediging op de hoofdzaak, zoodat het van belang is haar te voorkomen door eerst de bevoegdheid des rechters te doen onderzoeken. Bij het maken van de wet werd evenwel de uitzondering voor de exceptie van onbevoegdheid daarop gegrond, dat het niet aanging eene oproeping tot vrijwaring te vragen van en te doen toewijzen door den rechter, wiens onbevoegdheid om van de hoofdzaak kennis te nemen men daarna zou gaan beweren.

Komt nu eene oproeping in vrijwaring in hooger beroep voor, dan zal ook de exceptie van onbevoegdheid in de conclusie tot oproeping mogen worden opgenomen. Hier zal het evenwel niet anders dan eene volstrekte onbevoegdheid kunnen zijn, nl. daarop berustende, dat de oorspronkelijke vordering niet vatbaar is voor hooger beroep. Evenwel zal de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep op grond van verloopen of nog niet verloopen van den termijn en van berusting in het vonnis niet anders dan met de verdediging op de hoofdzaak kunnen worden voorgedragen, dus ook nadat de oproeping tot vrijwaring is toegestaan. Doch al deze middelen moeten, al werd er geen beroep op gedaan, door den rechter ambtshalve worden toegepast.

2°. Ik blijf van oordeel dat de gedaagde, wil hij van de hem bij art. 68 § 1 toegekende bevoegdheid gebruik maken om den waarborg rauwelijks te dagvaarden, dit moet doen tegen den dienenden dag, Dl. III, bl. 85. Naar aanleiding van de bedenkingen tegen dit gevoelen ingebracht door Mr. v. ROSSEM, blz. 115, n[t]. 2, stel ik de vraag: waarom moet de verweerder verlof hebben tot oproeping, indien hij niet vóór den dienenden dag den waarborg heeft opgeroepen? Omdat, zal de oproeping in vrijwaring doel treffen,

de vordering tot vrijwaring pari passu moet gaan met de hoofdzaak; de waarborg moet naast den verweerder optreden bij zijne verdediging; daar er echter tijd noodig is om den waarborg daartoe op te roepen, mag de eischer op de hoofdzaak er geen vertraging door ondervinden, zonder over de noodzakelijkheid tot de oproeping te zijn gehoord. Indien evenwel de waarborg reeds opgeroepen is, dan wordt de eischer niet gehoord, omdat hij geen vertraging ondervindt en de vrijwaring van zelf pari passu met de hoofdzaak gaat. Maar dan moet de waarborg ook op den dienenden dag in het geding zijn, dus tegen dien dag zijn gedagvaard. Met het uitstel, totdat de waarborg zal kunnen verschijnen, is 't er blijkbaar om te doen dat de waarborg van het oogenblik af dat de verweerder zich te verdedigen heeft, naast hem sta. Ware de verweerder bevoegd om rauwelijks te dagvaarden, tegen een lateren dan den voor de verdediging dienenden dag, dan zou hij ook tot dien dag uitstel voor zijne verdediging moeten kunnen vragen, dit is hem evenwel niet gegund en behoefde alleen daarom geen voorziening, omdat hij op eigen gezag tegen een lateren dag niet dagvaarden mag. Ook laat art. 69 bezwaarlijk de onderstelling toe, dat er een geval zou zijn, waarin het aan des verweerders willekeur wordt overgelaten om den waarborg in het geding te brengen op een dag geheel naar zijn goedvinden te bepalen. Verg. ook art. 179 C. de pr. Van de voeging als waarvan Mr. v. ROSSEM op bl. 120 spreekt, weet de wet hier niets, en zal dat gaan buiten den eischer op de hoofdzaak om?

3°. Wanneer de oproeping tot vrijwaring niet werd gedaan tegen den bij de dagvaarding aangewezen dienenden dag, maar later op de terechtzitting, verzoek daartoe wordt gedaan, dan moet volgens art. 68 (oud) „dit incident summierlijk beslist worden.” Men kon in verband met de verdere bepaling der wet hier niet anders uit opmaken dan eene verwijzing naar de summiere behandeling, al was dit waarschijnlijk niet de bedoeling van den franschen wetgever, toen hij in art. 180 C. de p. schreef: „l'incident sera jugé sommairement.” Hoe dit zij, bij de herziening van 1896 kon de uitdrukking niet behouden blijven. De wetgever spreekt nu niet eens meer van een incident. Toch komt het mij voor dat, wanneer de oorspronkelijke eischer de toelating der oproeping bestrijdt, daarover als over eene incidenteele vordering zal moeten worden geprocedeerd, maar dat onze wet nu ook toelaat om, wanneer de oorspronkelijke eischer geen tegenspraak doet met de mondelinge verklaring des eischers het incident

te laten afloopen. Doch de conclusie tot oproeping kan niet anders dan een schriftelijke zijn. Verg. Dl. III, bl. 86.

V. Zekerheidstelling.

Met betrekking tot de zekerheidstelling, waartoe de verplichting aan vreemdelingen die als eischers optreden wordt opgelegd, wees ik in Dl. III, bl. 103 op de wenschelijkheid dat deze instelling uit onze wetgeving verdween. „De weg tot de afschaffing" schreef ik daar, „moet m. i. gebaand worden door tractaten tusschen bijzondere Staten." Konden wij in een tractaat met Italië voor italiaansche onderdanen de zekerheidstelling opheffen, dewijl de italiaansche wetgever de instelling zelve uit zijne wetgeving had verbannen, thans zijn wij langs den weg der tractaten een heel eind verder gekomen. Bij een op den 14 November 1896 te 's Gravenhage gesloten verdrag, goedgekeurd bij de wet van 1897 n° 275 werd o. a. tusschen de contracteerende Staten overeengekomen om de zekerheidstelling van vreemdelingen af te schaffen. De zekerheid voor de voldoening der proceskosten wordt voortaan gewaarborgd door aan de vonnissen houdende veroordeeling in de proceskosten, tegen den van zekerheid bevrijden vreemdeling in zijn land executoriale kracht te doen toekennen door het bevoegd gezag in het vreemde land, terwijl dit bevoegd gezag daartoe alleen heeft te onderzoeken of de expeditie der veroordeeling de vereischten bevat, noodig tot haar authenticiteit en of de veroordeeling in kracht van gewijsde is gegaan. Art. 11, 12 en 13 van het verdrag. De contracteerende Staten zijn België, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Nederland, Portugal en Zwitserland, terwijl later daartoe zijn toegetreden Zweden en Noorwegen, Duitschland, Oostenrijk-Hongarije, Rumenië en Rusland. Zal daardoor de toepassing van onze wettelijke bepalingen aanmerkelijk verminderen, er blijven toch nog vreemdelingen genoeg over, op wien zij zullen kunnen worden toegepast. De verplichting tot zekerheidstelling zal, ook volgens de wet houdende wijzigingen in het Wetb. van burg. rechtsv. in verband met genoemd traktaat vastgesteld alleen dan bestaan, „voorzoover niet bij verdrag met een anderen staat gesloten hieromtrent anders mocht zijn bedongen." Zie art. IV dier wet.

De vordering tot zekerheidstelling kan in het hooger beroep alleen worden ingesteld tegen den vreemdeling die, eischer of tusschenkomende

In welke gevallen.

partij in eersten aanleg, van het vonnis in eersten aanleg gewezen in hooger beroep komt. Voorts tegen den vreemdeling die eerst in hooger beroep tusschenkomt of zich voegt bij den appellant eischer in eersten aanleg. Eindelijk van hem, die als eischer in eersten aanleg opgetreden toen hij nog Nederlander was, vreemdeling geworden zijnde als eischer in hooger beroep optreedt.

Incidenteel appèl brengt geene verplichting tot zekerheidstelling mede. Art. 353 in verband met 152 en 153.

Bij art. 353 (oud) waren de bepalingen omtrent de zekerheidstelling voor de kosten van het geding in hooger beroep eenvoudig toepasselijk verklaard door de toepasselijkverklaring der bepalingen van den derden titel betrekkelijk de voorloopige verzoeken en exceptien. Naar deze bepalingen stond het vast, dat alleen van den vreemdeling eischer, niet van den vreemdeling gedaagde, zekerheid kon worden gevorderd. Bleef de vraag, of, indien de gedaagde vreemdeling, in het ongelijk gesteld, in hooger beroep kwam en alzoo eischer werd in hooger beroep, de zekerheidstelling van hem gevorderd kon worden. Was het niet te ontkennen dat de vreemdeling nu formeel als eischer optrad, te ontkennen viel het evenmin dat hij, in verband met het recht of de rechtsbetrekking in geschil zijne verwering in hooger beroep voortzettende, verweerder bleef. En in dit opzicht kon ook een incidenteel appèl hem wel formeel tot eischer maken, maar bleef hij niettemin verweerder. Uit welk oogpunt moest nu de vreemdeling ten aanzien van de verplichting tot zekerheidstelling behandeld worden, als eischer uit het formeele of als gedaagde uit het materiëele oogpunt? En zal hij dan, als hij in dit geval van zekerheid vrij is, omdat hij werkelijk verweerder is gebleven, aan den anderen kant tot zekerheidstelling in hooger beroep verplicht worden, omdat hij in hooger beroep gedagvaard, nadat hij eischer in eersten aanleg geweest was, niettemin uit het materieel oogpunt ook in hooger beroep eischer is gebleven? Geen wonder dat men in deze gevolgtrekking bezwaar had. Ook omdat men zich dan niet hield aan de woorden der wet, welke als geen onderscheid makende en alleen van eischer sprekende, op iederen eischer toepasselijk moeten zijn en, terwijl het voorschrift zonder nadere bepaling in hooger beroep toepasselijk werd verklaard, toegepast moest worden op hem dien de wet eischer noemde in hooger beroep. Wanneer men met Pothier aanneemt, dat de gedaagde niet tot zekerheid verplicht moet worden,

omdat hij gedwongen is in rechte te verschijnen, dan is dit op zichzelf niet afdoende om dien gedaagde ook de verplichting niet op te leggen, wanneer hij in eersten aanleg in het ongelijk gesteld in hooger beroep komt, want daartoe wordt hij allerminst gedwongen. Maar wel ligt daarin de gedachte dat de eischer tot zekerheidstelling verplicht wordt, omdat hij, de hulp des rechters inroepende en te zijnen nutte aanwendende, daarom allerminst mag profiteeren van de voor hem al licht bestaande gelegenheid om, waar hij de zaak mocht verliezen, zich, juist omdat hij vreemdeling is, aan de vergoeding van de kosten te onttrekken. Dit doet de gedaagde niet, hij nam niet het initiatief om van de vreemde rechtspraak gebruik te maken, hij wordt door den eischer voor den hem vreemden rechter betrokken; daarom ook geen zekerheidstelling, maar dan ook niet wanneer hij, eens door een ander in rechte geroepen, gebruik maakt van alle middelen, welke de wet waaraan hij onderworpen wordt, verschaft om het geding ten einde toe te vervolgen. Daarom moet hij dan ook niet tot zekerheid verplicht worden, ofschoon hij, gedaagde in eersten aanleg, in hooger beroep als eischer optreedt. Maar mag de uitlegger dit aannemen, wanneer de wet aan den vreemdeling eischer de verplichting oplegt en deze bepaling in hooger beroep toepasselijk verklaart, zonder te onderscheiden of die vreemdeling eischer in hooger beroep is, nadat hij als eischer in eersten aanleg optrad dan wel of hij eischer is in hooger beroep, nadat hij gedaagde was in eersten aanleg? Dit moest wel zeer twijfelachtig zijn, omdat niet bleek van welk beginsel de wetgever bij de oplegging der verplichting tot zekerheidstelling aan den vreemdeling eischer was uitgegaan. Het was de taak des wetgevers zich daaromtrent te verklaren, door de wet te verduidelijken. Hij deed dit bij de wet van 1876, n°. 124 betreffende de herziening van de wijze van procedeeren in cassatie, art. 415, en twintig jaar later, bij de wet van 1896, n° 203, werd gelijke bepaling voor het hooger beroep aan art. 353 toegevoegd.

Uit het straks ontwikkelde beginsel vloeit voort dat, gelijk art. 353 bepaalt, de oorspronkelijke verweerder, niettegenstaande hij eischer wordt in hooger beroep, evenmin als de gedaagde in hooger beroep, niettegenstaande hij eischer was in eersten aanleg, tot zekerheidstelling verplicht is, en dat evenmin het optreden van den gedaagde in hooger beroep als incidenteel appellant (eischer) de verplichting medebrengt. Dientengevolge blijft de verplichting alleen bestaan voor de partijen in hooger beroep, welke ik in den tekst aanwees. Even-

als de eischer ten principale is ook de tusschenkomende partij eischer en beide blijven dit als zij in hooger beroep komen. Met opzicht tot hen die zich voor het eerst voegen in het hooger beroep maak ik dezelfde onderscheiding als ik, Dl. III, blz. 105, in eersten aanleg meende te moeten maken, dat nl. alleen hij, die zich bij den appellant, eischer in eersten aanleg, voegt tot zekerheidstelling is gehouden.

Met opzicht tot den Nederlandschen eischer die in hooger beroep komt en intusschen vreemdeling is geworden, zie hierboven bl. 69.

Zekerheidstelling in eersten aanleg verbonden voor h. b.

Bij de begrooting van de kosten voor welke zekerheid moet worden gesteld, moet het bedrag, waarvoor in eersten aanleg zekerheid werd gesteld in aanmerking worden genomen, daar deze zekerheidstelling blijft strekken voor de kosten in hooger beroep. Ook blijft de door den eischer in eersten aanleg gestelde zekerheid verbonden voor de kosten van het hooger beroep, waarin hij als gedaagde in hooger beroep mocht worden veroordeeld, ofschoon hij als zoodanig tot het stellen van zekerheid niet verplicht is. Art. 353 § 5.

De zekerheid wordt gesteld, volgens art. 152, voor de betaling der kosten en der schaden en interessen, waarin de eischer zou kunnen verwezen worden. Van die „schaden en interessen" werd in het O. 1865 geen melding meer gemaakt (art. 7 van B. II. tit. II), omdat, gelijk in de Mem. v. Toel, werd opgemerkt, „het niet blijkt hoe een eischer of intervenient ooit kan worden veroordeeld tot schadevergoeding aan de wederpartij anders dan tengevolge van een reconventioneele actie." Zoo werd dan ook in het nieuw artikel 415 (1876) alleen van de kosten van cassatie en wordt in art. 353 § 5 (nieuw) alleen van de kosten van hooger beroep gesproken. Wanneer dan in deze zelfde artikelen van de in art. 152 en 153 bedoelde zekerheidstelling wordt gesproken, dan moeten we maar aannemen dat de wetgever, al sprak hij in art. 152 van zekerheid voor de betaling der kosten en der schaden en interessen, alleen de kosten bedoelde. Dat er overigens aan die woorden „schaden en interessen" wel eene beteekenis kan worden gegeven, meen ik Dl. III, bl. 111, te hebben aangetoond. De vordering tot vergoeding van schade en interessen kan, dunkt mij, juist voorkomen bij de middelen tot bewaring van recht welke, voor 't geval zij ongegrond worden bevonden, niet alleen tot eene veroordeeling in de kosten, maar ook tot schadevergoeding kunnen leiden. De gedaagde

beweert niet alleen dat de vordering ongegrond is maar tevens dat de aanwending van het middel eene onrechtmatige daad is. Doch, gelijk ik zeide, men kan de artt. 415 en 353 aanmerken als op dit punt eene authentieke interpretatie van 152 te bevatten, al ware het correcter geweest om, althans in 1896, in art. 152 de geincrimineerde woorden: „en der schaden en interessen" te schrappen.

Het is duidelijk dat de zekerheid alleen wordt gesteld voor de kosten der instantie, waarin zij gevraagd wordt. Immers ook in hooger beroep en in cassatie wordt het recht om zekerheidstelling te vorderen toegekend. De vrijstelling van het stellen van zekerheid aan den gedaagde in hooger beroep toegekend, ook al was hij eischer in eersten aanleg, zou hem weinig geven, indien bij het stellen van zekerheid in eersten aanleg ook de kosten van het eventueel hooger beroep moesten worden in aanmerking genomen. Maar daaruit zoude dan ook moeten volgen, dat de in eersten aanleg gestelde zekerheid alleen dan verbonden blijft voor de kosten van hooger beroep, wanneer er in hooger beroep verplichting tot zekerheidstelling bestaat, alzoo alleen wanneer de eischer of de tusschenkomende partij, die in eersten aanleg zekerheid stelde, in hooger beroep komt. Moeilijk ware het aan te nemen dat de gestelde zekerheid verbonden blijft voor de betaling van kosten waarvoor de verplichting tot zekerheidstelling uitdrukkelijk gezegd wordt niet te bestaan. Of zou de wetgever dus geredeneerd hebben: als de eischer in hooger beroep nu ook voor het hooger beroep zekerheid moet stellen, dan kan, als de zekerheid het bedrag der kosten in eersten aanleg overschrijdt, dat meerdere bij de vaststelling van het bedrag voor het hooger beroep in aanmerking komen? Maar ook wanneer de gedaagde in hooger beroep, als eischer in eersten aanleg zekerheid had gesteld, dan is hij wel niet verplicht om voor de kosten in hooger beroep zekerheid te *stellen*, maar, dewijl de zekerheidstelling voor de kosten in eersten aanleg toch moet blijven bestaan, omdat de gedaagde in hooger beroep ten slotte in het ongelijk gesteld kan worden en dan nog in de kosten van eersten aanleg kan worden verwezen, zoo kunnen dan de kosten in hooger beroep ook zooveel mogelijk op de zekerheid, gesteld voor de kosten in eersten aanleg, verhaald worden. Al is dat niet heel logisch, het is toch praktisch en de van het stellen van zekerheid vrijgestelde gedaagde wordt er ten slotte niet door benadeeld.

Wat deze laatste meening komt versterken is de omstandigheid, dat in het O. 1865, waaraan art. 415 nieuw en 353 2° gedeelte zijn ontleend, het tegenwoordig 5° lid van art. 353 nauwer aan het vorige lid was verbonden en daardoor alleen op het daar behandelde geval terugsloeg. „De in eersten aanleg gestelde zekerheid blijft intusschen," zoo lezen we daar, „ook verbonden voor de kosten van het hooger beroep." In dat „intusschen" ligt, dunkt mij, duidelijk de gedachte uitgedrukt, dat, niettegenstaande de opheffing der verplichting tot zekerheidstelling, de reeds gestelde zekerheid in stand blijft en nu ook voor de kosten van appèl zou strekken. De weglating van het verbindingswoord kan licht 't gevolg daarvan zijn, dat men begreep dat ook buiten dat geval op het behoud van de gestelde zekerheid gelet moest worden, nl. bij het vaststellen der nieuwe zekerheid. Die weglating moet niet ten gevolge hebben, dat het geval waarop de wetgever blijkbaar in de eerste plaats het oog had, nu geheel zou zijn buitengesloten.

Wanneer instellen?

De vordering tot zekerheidstelling moet vóór alle weren worden ingesteld. Art. 353 § ult.

In overeenstemming met art. 415 bevat dit voorschrift eene afwijking van de hoofdbepaling omtrent de zekerheidstelling in art. 152 opgenomen. Dit art. bepaalt dat de vreemdeling zekerheid heeft te stellen op verzoek van de wederpartij „voordat deze eenige weren van rechten of tegenzeggen behoeft te doen" en laat den verweerder dus vrij er ook in den loop van het proces mee aan te komen, ofschoon zijn belang schijnt meê te brengen, dat hij zoodra mogelijk van de hem gegeven bevoegdheid gebruik maakt. Maar dat is zijne zaak. Zie Dl. III, bl. 111 en v. Mrs. Hartogh en Cosman noemen op bl. 70 den eisch tot het stellen van zekerheid onder de middelen die (in eersten aanleg) vóór het antwoord moeten worden voorgedragen. Ten onrechte. Vergelijkt men de bepaling omtrent verknochtheid en aanhangig geding, welke de schrijvers in dit opzicht met de zekerheidstelling op ééne lijn stellen, dan blijkt duidelijk dat zij zich hier vergissen.

Mocht de eisch tot zekerheid in hooger beroep niet vóór alle weren worden ingesteld, dan is hij niet-ontvankelijk.

„Vóór alle weren" zal, nu daarin eene uitzondering ligt op den regel van vereeniging van alle middelen, wel niet meer mogen worden opgevat als kunnende beteekenen „met andere in dezelfde conclusiën,

mits daarin vooraangaande." Voor het geval van verzet, zie bl. 27. Procedure.

De vordering tot zekerheidstelling is eene incidenteele vordering en zoo moet daarbij de wijze van procedeeren worden gevolgd, die in de tiende afdeeling van tit. III is geregeld, voor zoover de aldaar voorkomende bepalingen kunnen worden toegepast.

Incidenteele vordering, Zie Dl. III, bl. 108.

Art. 353 verklaart de bepalingen omtrent incidenteele vorderingen in hooger beroep toepasselijk, Van de artt. 247—249, welke de 10e afdeeling van tit. III uitmaken, zal het vooral op art. 247 aankomen; art. 249 § 1 zal van zelf in toepassing worden gebracht. Het tweede lid van dat art. kunnen we veilig onbesproken laten.

Wat het onderwerp der contestatie betreft, den inhoud van het vonnis en de ontheffing van de zekerheidstelling, kan ik naar het op bl. 113 vv. van Dl. III verwijzen. Zie over het niet voldoen aan de verplichting tot zekerheidstelling, aldaar bl. 117, en over de kosten van het incident aldaar, bl. 118.

VI. Exceptiën.

Evenals in eersten aanleg moeten in hooger beroep alle exceptien met het antwoord ten principale tegelijk worden voorgedragen. Art. 347, j° 141. Vereeniging met andere middelen.

Uitgezonderd is de exceptie van beraad, daar de verweerder ook in hooger beroep zich voorshands van zich in het geding in te laten kan verschoonen, door te verklaren van te zijn in termen van beraad. Uitzondering.

Exceptien, die de verweerder met zijne verdediging ten principale vereenigt, kunnen tot verwikkeling van het proces alleen in zooverre aanleiding geven, als den appellant een termijn kan verleend worden om daarop te antwoorden, doch overigens worden zij tegelijk met de hoofdzaak behandeld. Art. 347 § 2.

Ik heb reeds de gelegenheid gehad om op te merken dat het hooger beroep tot meer dan ééne exceptie aanleiding kan geven. Art. 338 (oud) doelt daarop, wanneer het spreekt van niet-ontvankelijkheid, daaruit voortvloeiende dat eene zaak uit welken hoofde ook, niet vatbaar is voor hooger beroep en daaronder kon dan worden begrepen niet alleen het geval dat het hooger beroep

door de wet is uitgesloten of niet was gebracht bij den rechter aangewezen om van het hooger beroep kennis te nemen, als dat de termijn voor het hooger beroep toegestaan verstreken of de termijn binnen welken het hooger beroep niet ingesteld mag worden, nog niet verstreken is. De bevoegdheid om deze exceptiën vooraf voor te dragen, zonder zich in het geding dat het onderwerp van het beroep uitmaakt in te laten, is in 1896 vervallen. Mij dunkt bij de exceptie gegrond op het verstrijken van den termijn en vooral bij die gegrond op het te vroeg instellen van het hooger beroep, zal de vereeniging met de bestrijding van het beroep zelf een zonderlingen indruk maken. Men ware, hier vooral, met eene afdoening dezer exceptien althans vooraf en de plano, beter geholpen. Hoe natuurlijk de afzonderlijke behandeling van exceptien, welke de vermijding van den rechtsstrijd beoogen is, hoe onnatuurlijk de vereeniging, kan blijken uit de wijze waarop een groot voorstander der vereeniging zich over zoodanige exceptie uitlaat. Ik lees bij Prof. MOLENGRAAFF, „de faillissementswet verklaard" op bl. 154: „Degene, tegen wien door den gefailleerde eene vordering tot deze categorie behoorende, mocht worden ingesteld, zal zich bij wijze van exceptie op art. 25 eerste lid kunnen beroepen tot afwijzing van den rechtsstrijd. Immers hij behoeft zich niet in te laten in een geding met iemand, die de bevoegdheid heeft verloren over de rechten, die het onderwerp van den strijd uitmaken, te beschikken of beheer uit te oefenen." Neen hij behoeft niet, dat is rationeel en zoo spreekt men vanzelf, als men onbevooroordeeld niet denkt aan de zoo irrationeel den gedaagde opgelegde verplichting om toch den rechtsstrijd te aanvaarden, wil hij zijne bevoegdheid tot tegenspraak niet verwerken. Ook deze exceptien moeten met de verdediging op de hoofdzaak worden vereenigd, gelijk volgt uit de bij art. 347 toepasselijk verklaarde wijze van procedeeren in eersten aanleg, waartoe met name art. 141 behoort.

De uitzondering voor de exceptie van beraad vloeit uit de bepaling van art. 141 § 3 voort, welke thans tot de bepalingen betreffende de wijze van procedeeren in eersten aanleg behoort, in art. 347 in hooger beroep toepasselijk verklaard. De vrouw en de erfgenamen, in art. 141 § 3 bedoeld, hebben tot handhaving van het hun toegekende recht van beraad gelijke bescherming noodig in hooger beroep als in eersten aanleg. Want door zich in het hooger beroep zelf in te laten, zouden zij evenzeer de hoedanigheid van erfgenaam

of gerechtigde tot de huwelijksgemeenschap aannemen. Zie daaromtrent het gezegde Dl. III, bl. 129 v. Ik zou daar nog willen bijvoegen dat, ofschoon het recht om zich tot een beroep op het beraad te bepalen als eene bevoegdheid wordt toegekend (kunnen bepalen), de vrouw en de erfgenamen de exceptie niet alleen verwerken, wanneer zij er zich niet op beroepen, maar ook wanneer zij zich er niet toe bepalen. Immers nemen zij ook dan inderdaad de hoedanigheid van erfgenaam aan, verliezen daardoor het recht van beraad en doen alzoo zelve den grond voor hunne exceptie wegvallen.

De excepties van aanhangig geding en van verknochtheid kunnen niet meer in hooger beroep worden voorgesteld, indien zij niet in eersten aanleg vóór alle weren voorgesteld geworden zijn, al is de straf van verval daar niet uitdrukkelijk uitgesproken. Immers aan de bepaling dat zij vóór alle weren moeten worden voorgesteld, kan niet meer worden voldaan, zoodra die weren naar art. 141 voorgedragen zijn. Indien de rechter bevoegd ware eene verwijzing op grond van aanhangig geding of verknochtheid ambtshalve uit te spreken, dan zouden die middelen, evenals de door partijen en den eersten rechter voorbijgeziene onbevoegdheid wat het onderwerp van het geschil betreft, nog in hooger beroep tot hun recht kunnen komen. Zelfs zouden partijen zich daarop dan ook in hooger beroep moeten kunnen beroepen. Dit laatste wordt evenwel door de bepaling van art. 158 en 159 uitgesloten. Niettemin zijn onderscheidene fransche schrijvers van oordeel en de jurisprudentie levert ook uitspraken in dezen zin op, dat althans de litispendentie voor het eerst in hooger beroep kan worden voorgesteld en de rechter eene verwijzing op grond daarvan ambtshalve kan uitspreken. Zie schrijvers en jurisprudentie bij Crépon n° 3448 en 3449, die zich n° 3450 met dit gevoelen vereenigt. Ook in België is de jurisprudentie in dezen zin, naar 't schijnt, gevestigd. Zie bijv. arrest Hof Brussel 29 April 1897, Belgique judiciaire 1898, n° 17, p. 266. Het argument voor dit gevoelen wordt daarin gevonden, dat het belang der openbare orde meêbrengt, dat niet twee rechters tegelijk over dezelfde zaak oordeelen waardoor tegenstrijdige uitspraken zouden kunnen worden gewezen. Het belang der openbare orde is niet te miskennen, maar kan de wetgever niet van oordeel zijn dat voor dat belang in deze genoeg is gezorgd door aan de bijzondere personen een rechtsmiddel toe te kennen, dat ook tot handhaving van die orde kan strekken? Zeker, wanneer de wet-

gever aan den rechter opdraagt om ook ambtshalve op te treden, dan is daarvan wel de reden dat hij de zaak van openbare orde beschouwt, maar als hij dit niet doet, als hij alleen van eene handeling der partijen spreekt, niettegenstaande hij, gelijk hier, in eene onmiddellijk voorafgaande bepaling betreffende een na verwant onderwerp, eene uitspraak ambtshalve aan den rechter opdraagt? Ik geloof niet, dat de wet het optreden ambtshalve van den rechter rechtvaardigt.

Wat de exceptie van onbevoegdheid betreft, deze zal even goed in hooger beroep als in eersten aanleg, naar de bepaling van art. 68 § 2, mogen worden opgenomen in de conclusie waarbij eene oproeping in vrijwaring wordt gevraagd. Dan zal de rechter die exceptie gegrond bevindende en zich onbevoegd verklarende om van de zaak kennis te nemen, daarmede vanzelf zijne onbevoegdheid uitspreken om op het verzoek tot oproeping in vrijwaring uitspraak te doen. Werd de exceptie van onbevoegdheid niet aldus voorgesteld dan zal zij voor gedekt worden gehouden, tenzij de rechter onbevoegd mocht zijn uit hoofde van het onderwerp des geschils, art. 68 § 2 cit., omdat de rechter, ook al werd deze onbevoegdheid niet voorgesteld, ambtshalve gehouden is, zich onbevoegd te verklaren, volgens art. 156. Het staat daarom den verweerder niet vrij zich later nog op die onbevoegdheid te beroepen en deze tot een afzonderlijk onderwerp van onderzoek te maken; hij zal dit alleen kunnen doen in vereeniging met zijne andere verweermiddelen. Doch het spreekt wel van zelf dat hij, zelfs nog bij de pleidooien, 's rechters aandacht er op kan vestigen maar daarmede den rechter niet verplichten er een punt van beslissing in zijne uitspraak van te maken. De rechter in hooger beroep kan alzoo omtrent zijne volstrekte onbevoegdheid, hetzij ambtshalve, hetzij op conclusie van den verweerder, uitspraak doen bij het vonnis dat hij op een verzoek tot oproeping in vrijwaring heeft uit te spreken. Hij kan het voorts, gelijk in andere gevallen waar van eene oproeping in vrijwaring geen sprake is, ook hier doen op conclusie van den verweerder, mits deze in de conclusie betreffende de andere verweermiddelen is opgenomen, of ook ambtshalve. De exceptie van onbevoegdheid in hooger beroep is altijd op eene volstrekte onbevoegdheid gegrond, dewijl de wet op de rechterlijke organisatie niet alleen de vorderingen aanwijst ten aanzien van welke het hooger beroep is uitgesloten en waarom-

trent dus de rechter in hooger beroep onbevoegd is, maar ook de kennisneming in hooger beroep opdraagt aan den hoogeren rechter tot wiens rechtsgebied de rechter die in eersten aanleg vonnis wees behoort, de arrondissementsrechtbanken aanwijst als den rechter in hooger beroep van de vonnissen der kantonrechters tot hun rechtsgebied behoorende, de Hoven van de vonnissen door de rechtbanken tot hun rechtsgebied behoorende uitgesproken. De regelen betreffende de betrekkelijke bevoegdheid in art. 126 opgenomen, zijn dan ook niet bij art. 353 in hooger beroep toepasselijk verklaard. Over de gevallen waarin vrijwaring in hooger beroep kan tepas komen. Zie hierboven bl. 172.

De exceptie, waarmede de verweerder den eisch in hooger beroep begroet, bevat een aanval van zijne zijde, waarop de eischer in hooger beroep de gelegenheid moet hebben om zich te verdedigen. Toen de exceptien tot een afzonderlijk geding aanleiding gaven, is daar nooit aan getwijfeld en al worden ze ook met de verdediging op de hoofdzaak vereenigd, zij maken toch het onderwerp uit van eene van den gedaagde uitgaande, zelfstandige bewering. Vandaar de erkenning van de bevoegdheid des eischers om er bij conclusie op te antwoorden.

Exceptien, welke in eersten aanleg hadden kunnen worden voorgesteld en niet voorgesteld werden, doordien de verweerder zich daar tot ééne exceptie bepaalde, zijn onherroepelijk voor hem verloren gegaan. Hij kan evenwel in hooger beroep nog van middelen van verdediging ten principale gebruik maken. Wordt hij nu in eersten aanleg op eene afzonderlijk voorgestelde exceptie in het gelijk gesteld en komt de tegenpartij van dat vonnis in hooger beroep, dan zal deze natuurlijk tot vernietiging van het vonnis concludeerende, niet alleen tot verwerping van de exceptie, maar tevens tot toewijzing van den ingestelden eisch concludeeren. Wanneer dan de verweerder in hooger beroep den eisch nu ook met middelen ten principale bestrijdt, dan moet, ook volgens de HH. HARTOGH en COSMAN, aant. op art. 347, bl. 137, aan den appellant op zijn verlangen een termijn verleend worden, om op die verdediging ten principale te antwoorden. Zij gronden dit gevoelen op de analogie. Dezelfde ratio moet leiden tot hetzelfde gevolg, zeggen zij. Ik geloof niet dat de redeneering opgaat. Met de exceptie en het incidenteel beroep gaat van den verweerder een zelfstandig beweren uit, dat hij in het geding brengt; een nieuw onderwerp van een strijd, waarin die ver-

weerder op zijne beurt kan gezegd worden eischer te zijn. Dat ligt in het antwoord op de hoofdzaak niet. Wel kan men dit zeggen: de verweerder heeft, door in eersten aanleg zijne verdediging op de hoofdzaak achterwege te laten, den eischer beroofd van de bevoegdheid om volgens art. 142 op de conclusie des verweerders te repliceeren. Deze bevoegdheid moet hem in hooger beroep toekomen, wanneer den verweerder wordt toegestaan alsnog in hooger beroep ten principale te antwoorden, waartoe hij in eersten aanleg het recht had verloren. De wetgever had dit gevolg aan de veiligheidsklep, die hij in art. 348 voor den verweerder schiep, ten behoeve van den eischer moeten verbinden. Inderdaad bevat de meening der aangehaalde schrijvers eene verbetering van de wet. Indien al analogie bij dergelijke bepalingen toegelaten ware, de wijze waarop zij hier wordt toegepast is m. i. niet juist. Er bestaat evenwel geen reden tot bekommernis. „Het is wel niet waarschijnlijk," zeggen de schr. terecht, „dat van de veiligheidsklep veelvuldig gebruik zal behoeven te worden gemaakt" en, voeg ik er bij, mocht dit het geval zijn, men zal 't wel weten te schikken en het met eene redeneering uit art. 142 j° 347 een heel eind brengen.

§ 165. INCIDENTEN DIE DE BESLISSING UITSLUITEN.

I. Afstand van de instantie.

Over den afstand zelven valt met opzicht tot het hooger beroep niets bijzonders op te merken, zoodat ik naar Dl. III § 86 te dien aanzien kan verwijzen.

Wat betreft de wijze waarop de afstand plaats heeft, gelden dezelfde bepalingen, (zie art. 353), en in die voorschriften is bij de wet van 1896 niets veranderd. De afstand kan dus ook voortaan, hetzij op de terechtzitting, hetzij bij eenvoudige akte van procureur tot procureur beteekend, gedaan en aangenomen worden. Het Ontwerp van 1865 behield alleen den afstand op de terechtzitting. De Ontwerper was van oordeel dat de tweeledige vorm scheen te moeten worden verklaard uit de onderscheiding tusschen gewone en summiere zaken, zoodat zij met die onderscheiding kon vervallen. Zie toel. op art. 43 van B. II, tit. I. Vooral wanneer met het vervallen van die onderscheiding het rolsysteem zoo streng mogelijk in toepassing gebracht wordt, schijnt het rationeel den afstand alleen op de

terechtzitting toe te laten. In het Ontwerp VAN LYNDEN bleef evenwel de onderscheiden vorm behouden en aan dat voorbeeld schijnt de heer HARTOGH zich te hebben gehouden.

De afstand kan zoowel het principaal als het incidenteel beroep betreffen. Het principaal beroep is geheel onafhankelijk van het incidenteel beroep ingesteld, het incidenteel zou niet ingesteld hebben kunnen worden, indien niet het principaal beroep ingesteld ware. Die afhankelijkheid van het incidenteel beroep is echter van louter formeelen aard. Eens ingesteld is de gegrondheid van het principaal beroep van die van het incidenteele onafhankelijk en omgekeerd. Daarom bepaalt de wetgever terecht in art. 339 § 3 dat de afstand van het principaal beroep het ingesteld incidenteel beroep niet doet vervallen. Het incidenteel beroep heeft wel zijn aanleiding in het principaal beroep gevonden, maar dit laatste is niet de oorzaak van het eerste.

II. Verval van de instantie.

Zie Dl. III, § 87, waarbij ik voor het hooger beroep niets te voegen heb. Art. 353 verklaart de bepalingen van den III^en^ titel over het vervallen der instantie in hooger beroep toepasselijk.

III. *a.* Minnelijke schikking. *b.* Verschijning van partijen.

Beide instellingen behandelde ik in Dl. III, § 88. Dat de daartoe betrekkelijke bepalingen op alle rechters en op alle instantien toepasselijk zijn, volgt uit de opneming daarvan in Tit. I van B. I, art. 19 en art. 49, en de bijzondere aard van de instantie in hooger beroep verhindert de toepassing zelve ook niet. Ik kan volstaan met naar de behandeling daarvan in § 88 te verwijzen, want art. 19 heeft bij de wet van 1896 alleen eene aanvulling gekregen om het voor het rol-systeem pasklaar te maken, eene aanvulling die geen toelichting behoeft. De afschaffing van de onderscheiding der behandeling in gewone en summiere zaken zal wellicht aanleiding geven om het gepaster te vinden dat het verzoek ter terechtzitting worde gedaan, doch art. 19 blijft ook een verzoekschrift toelaten.

In art. 49 werd in 1896 niets veranderd. Aanvulling scheen, althans bij die gelegenheid, niet noodig, al werd bij meer dan eene

gelegenheid op eene ruimere toepassing aangedrongen, wel zeker door eene aanvulling van de wat heel laconische bepaling zou kunnen bevorderd worden.

§ 166. INCIDENTEN IN VERBAND STAANDE MET DEN STAAT DER PARTIJEN EN DER PROCUREURS.

I. Schorsing en hervatting van het rechtsgeding.

Als in eersten aanleg.

De gevallen waarin de bepalingen omtrent schorsing en hervatting van het rechtsgeding hare toepassing vinden, kunnen even goed in hooger beroep als in eersten aanleg voorkomen. Die bepalingen moeten dan ook in het hooger beroep worden toegepast. Art. 353.

De bepalingen van de twaalfde afdeeling van den III^en titel „van het schorsen en hervatten van het rechtsgeding" zijn bij art. 353 in hooger beroep toepasselijk verklaard. Zij ondergingen bij de wet van 1896 geene verandering, behalve dat art. 260, hetwelk bepaalde dat de geschillen over de hervatting van het geding en de vervanging van procureur summierlijk worden behandeld en afgedaan, werd ingetrokken.

Omtrent die geschillen hier slechts enkele opmerkingen:

1°. Bij de faillissementswet van 1893 is de invloed van de failletverklaring op aanhangige gedingen van den gefailleerde in bijzonderheden geregeld. Hier komen daarvan alleen in aanmerking de gedingen betreffende rechten of verplichtingen van den faillieten boedel, welke niet het verkrijgen van voldoening uit den boedel beoogen en dus niet onderworpen zijn aan het verificatieproces.

In afwijking van de bepalingen van het wetb. van B. R. omtrent schorsing en hervatting is hier voorgeschreven, dat de schorsing wordt gevraagd door de tegenpartij van den nu gefailleerde en dit ten einde den curator in het geding te roepen, terwijl deze ook zonder oproeping bevoegd is het proces over te nemen, indien dit door den gefailleerde werd aanhangig gemaakt. Art. 27, 2°. Eindelijk is de schorsing of overneming van het proces niet afhankelijk van de omstandigheid of het geding in staat van wijzen is, maar wordt zij alleen uitgesloten, wanneer vóór de failletverklaring de stukken tot het geven van eene beslissing aan den rechter zijn overgelegd, art. 30. Toen ik in Dl. III, bl. 189, 190 naar het Ontwerp der

faillissementswet verwees, twijfelde ik of bij deze bepalingen wel voldoende op de vertegenwoordiging door procureurs gelet was, voor de gevallen nl. dat voortzetting van het geding met den gefailleerde plaats heeft. Men zal dan moeten aannemen, dat het faillissement de lastgeving op den procureur niet deed vervallen en de gefailleerde bevoegd blijft tot procedeeren, ook waar het vonnis verbindend voor den boedel kan zijn. Art. 28, § 4, coll. 27, § 2. Een nader onderzoek hief alzoo dien twijfel bij mij op en de nieuwe voorziening komt mij in allen opzichte doelmatig voor. Het gevolg is dat in art. 254 2°, sedert de invoering der faillissementswet, de verandering in den staat niet meer op zoodanige verandering door een faillietverklaring van toepassing is, daar deze in de aangehaalde bepaling der faillissementswet geregeld wordt. De bepalingen zijn natuurlijk ook op een in hooger beroep aanhangig gemaakt geding van toepassing en daarom had ik er hier over te spreken, Zie over artt. 25 vv. der faillissementswet en meer bepaaldelijk over artt. 27 en 28 MOLENGRAAFF bl. 158—163.

Opmerking verdient, dat wanneer het faillissement wordt opgeheven, terwijl rechtsgedingen, welke rechten of verplichtingen tot den faillieten boedel behoorende betreffen, nog aanhangig zijn en deze door den curator gevoerd worden, de bepalingen van het Wetb. van Burgerl. Rechtsv., omtrent schorsing en hervatting van het rechtsgeding toepasselijk zijn en de beteekening van de oorzaak der schorsing van wege den belanghebbende d. i. den weder tot gedingvoeren bevoegden persoon, wiens faillissement werd opgeheven, moet worden beteekend aan de tegenpartij. Op den ontslagen curator rust die verplichting niet, daar hij door zijn ontslag uit het proces is getreden en allerminst belanghebbende kan heeten. Ik kan mij moeilijk verklaren, hoe de in een als hier bedoeld geding betrokken curatoren schorsing vroegen op grond van art. 254, nog minder dat de rechtbank die schorsing uitsprak. Waren zij de belanghebbenden in art. 256 bedoeld? Hoe zouden dan de erfgenamen bij eene schorsing door den dood van eene partij belanghebbenden kunnen wezen? En als deze, dus degene, die casu quo in plaats van den overleden of onbekwaam geworden persoon, niet als belanghebbenden moeten optreden, wie dan? Evenmin als de overledene toch de onbekwaam gewordene? Zie rechtb. Amsterdam, 25 Juni 1897, W. 7058.

2°. Indien de beteekening van de oorzaak der schorsing niet inhoudt de verklaring dat het geding wordt hervat op de laatste gedingstukken, benevens eene nieuwe procureurstelling, of indien, in

het laatste geval in art. 254 vermeld, de procureur niet door een ander is vervangen, kan de wederpartij, naar luid art. 258, dagvaarden tot hervatting, welke hervatting met eene nieuwe procureurstelling moet gepaard gaan, een en ander, hervatting en procureurstelling, bij eene eenvoudige acte te beteekenen, art. 259. Wanneer dan op die dagvaarding, voor welke de voor dagvaardingen in het algemeen voorgeschreven termijnen zijn in acht te nemen, en op de beteekening der hervatting de verschijning ter terechtzitting plaats heeft, zal daar geconcludeerd worden of kunnen er termijnen worden gevraagd tot het nemen van conclusiën of het verrichten van die handelingen, welke, naar aanleiding van de laatste gedingstukken, te nemen of te verrichten zijn. De bijzondere bepaling omtrent de beteekening van de procureurstelling, waaraan tevens de hervatting van het rechtsgeding verbonden is, derogeert hier aan de algemeene bepaling van art. 135 (nieuw), volgens welke de procureurstelling op de terechtzitting plaats heeft. Zij zal nu van zelf vóór de terechtzitting moeten plaats hebben. — Wanneer evenwel verstek is verleend, waaraan hier gelijke rechtsgevolgen worden toegekend als in de algemeene bepalingen van de zesde afdeeling van tit. I art. 76, zal ook hier de daaraan derogeerende bepaling van art. 89*a* (nieuw) toepasselijk zijn. Het gevolg daarvan is, dat, indien de partij niet toegelaten wordt tot de procureurstelling op de terechtzitting tegen welke zij tot hervatting werd gedagvaard, zij nog altijd door een bij eene beteekende akte gestelden procureur kan verschijnen en het verstek kan doen vervallen, zoolang het profijt niet werd uitgesproken.

Voor het overige verwijs ik naar het gezegde op blz. 201 v. van Dl. III. Ik heb er alleen nog dit aan toe te voegen dat, indien naar art. 261 § 1 verstek is verleend, die uitspraak voorshands alleen doet verliezen de bevoegdheid om zich tegen de hervatting van het geding te verzetten. Verlangt de partij dit niet te doen, dan kan zij aan de hervatting van het geding, krachtens de daarop bij verstek gewezen uitspraak deelnemen, mits zij op de dagvaarding tot hervatting procureur had gesteld. Deed zij dit niet, dan zal zij in het proces niet anders weder kunnen optreden, dan door tegen de uitspraak in verzet te komen, waartoe van zelf eene procureurstelling noodig is, of door met berusting in het vonnis bij verstek alsnog in verband daarmede procureur te stellen. Anders natuurlijk wanneer ten profijte van het verstek naar art. 261 § 2 ten principale werd recht gedaan. Was dit een haar nadeelig vonnis, zij kan

de gevolgen daarvan niet ontgaan dan door het middel van verzet er tegen aan te wenden.

Voor de behandeling der geschillen over het hervatten kon natuurlijk niet meer naar de summiere behandeling worden verwezen. Ontstentenis van eenige bepaling omtrent de wijze van behandeling zal wel de voorschriften omtrent de behandeling der incidenteele vorderingen moeten toepasselijk doen achten. Al hebben we hier niet met eene incidenteele vordering in de beteekenis van de 10 afd. van tit. III te doen, het geldt hier toch een incident.

II. Ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen.

Ten aanzien van dit rechtsmiddel kan ik verwijzen naar de behandeling daarvan in Dl. III, § 90. Daaromtrent valt alleen op te merken dat de wetgever in art. 272 (nieuw) het middel uitdrukkelijk toepasselijk heeft verklaard op het geval dat eene partij ontkent, dat de voor haar opgetreden procureur van haar daartoe opdracht verkregen heeft, m. a. w., dat het kan worden gebruikt wanneer eene partij niet slechts eene door den procureur verrichte handeling, maar zijne optreding zelve in het proces wraakt. Dit punt was onder het wetb. van 1838 betwist; ik behandelde het t. a. p. bl. 209 v. en wees daarbij den grond aan, waarop de wetgever het tot het nu voorziene geval kon uitbreiden

De bepaling van 272 (nieuw) vervangt het voorschrift waarbij de behandeling als van „summiere zaken en zelfs bij korte termijnen" toepasselijk werd verklaard. Ook hier wordt van de onderstelling uitgegaan dat de bepalingen omtrent incidenteele vorderingen van toepassing zijn en er bestaat hier grond om het middel tot de incidenteele vorderingen te brengen (Zie Dl. III, bl. 213). Voor zoover het middel den vorm van eene principale vordering aanneemt, is vanzelf de in 't algemeen voorgeschreven wijze van procedeeren toepasselijk. Waarom hier niet in art. 263, om de wijzigingen in de wijze van procedeeren, het verzoek in eene vordering werd veranderd, nu dit eens in gelijksoortige bepalingen, als art. 285, werd noodig geacht, en waarom de beteekende akte behouden bleef, is mij niet gebleken.

De wijze van procedeeren is in appèl, wanneer het middel daar wordt ingeroepen, gelijk aan die in eersten aanleg. Ik herinner alleen, wat ik Dl. III, bl. 215 besprak, dat, wanneer in appèl eene hande-

ling gewraakt wordt, welke in het geding in eersten aanleg verricht werd, naar art. 269 over die wraking door den rechter in appèl wordt geoordeeld.

§ 167. INCIDENTEN BETREKKING HEBBENDE OP DE RECHTERS OF HET GERECHT.

Onder dit opschrift heb ik in Dl. III, §§ 91, 92 en 93 de wraking van rechters, de rechtsweigering en de jurisdictiegeschillen behandeld. De beide eerstgenoemde incidenten kunnen natuurlijk even goed in het geding in hooger beroep als in den eersten aanleg voorkomen. Voor de wraking gelden de in B. I, tit. I voorkomende bepalingen vanzelf voor alle instantiën en bij alle gerechten. De bepalingen omtrent rechtsweigering, onder de bijzondere rechtsplegingen opgenomen in tit. VI van het III[e] boek hebben daardoor evenzeer eene algemeene strekking en moeten dan ook zoowel in hooger beroep als in eersten aanleg gelden. Bij de wraking kan de toepassing van de artt. 273—275 noodzakelijk worden, al zijn deze bepalingen, blijkens het opschrift van tit. III, alleen voor den eersten aanleg geschreven en al worden zij in art. 353 niet in hooger beroep toepasselijk verklaard.

Volgens de bepalingen van artt. 42 en 846 zijn de vorderingen tot wraking van een rechter en die wegens rechtsweigering niet vatbaar voor hooger beroep. Van de jurisdictie-geschillen valt geen hooger beroep als daarover door de rechtbanken wordt geoordeeld, art. 54 R. O., wel als zij door de Hoven zijn berecht, art. 65 j° 66 R. O.

§ 168. INCIDENTEN ONTSTAANDE UIT DE BEWIJSVOERING.

A. In 't algemeen.

In hoeverre toegelaten.

Zoowel in hooger beroep als in eersten aanleg kan bewijs geleverd worden van de feiten in geschil, hetzij die voor het eerst in hooger beroep in het geding zijn gebracht, hetzij zij reeds in eersten aanleg een voorwerp van bewijsvoering hebben uitgemaakt, tenzij zij daar bewezen zijn door een middel dat verder bewijs uitsluit.

Indien het hooger beroep de strekking heeft om het geschil in zijn ruimste beteekenis aan het oordeel van den hoogeren rechter te onderwerpen zóó dat daarbij niet alleen gevraagd wordt of de

eerste rechter juist of niet juist heeft geoordeeld, naar de kennis die hij van de zaak kon hebben, in verband met de voordrachten der partijen; indien, naar aanleiding van art. 348, nieuwe feiten in het geding kunnen worden gebracht waarop de nieuwe, daar toegelaten middelen steunen en zelfs de ingestelde eisch zelf door nieuwe feiten kan worden gesteund, mits daarvan niet het gevolg is, dat er een andere en derhalve een nieuwe eisch wordt ingesteld, dan spreekt het van zelf dat ook in hooger beroep bewijsvoering kan te pas komen. Vandaar dat de bepalingen omtrent de bewijsvoering, als daar zijn die betreffende de plaatsopneming, het bericht van deskundigen, het onderzoek naar de echtheid of valschheid van geschriften, het getuigenverhoor, het verhoor van partijen, in art. 353 toepasselijk worden verklaard op het geding in hooger beroep, daar zij in tit. III alleen voor het rechtsgeding in eersten aanleg werden geschreven. Van den eed wordt daar eenvoudig niet gesproken, omdat omtrent de bewijsvoering door den eed slechts eene enkele bepaling in het wetb. van burg. rechtsv. voorkomt die in den algemeenen eersten titel is opgenomen. (art. 50).

Maar zal ook opnieuw eene bewijsvoering kunnen plaats hebben van dezelfde feiten, die reeds in eersten aanleg een voorwerp van bewijsvoering hebben uitgemaakt? hetzij om het bewijs, dat den eersten rechter niet afdoende of niet geleverd bleek, aan te vullen, hetzij om den hoogeren rechter in staat te stellen om de waarde van het voor den lageren rechter geleverde bewijs te beoordeelen en daaromtrent een zelfstandige beslissing te nemen? Wanneer het hooger beroep aan zijne straks vermelde strekking zal beantwoordon, dan volgt daaruit dat de vraag, welke in het algemeen aan het oordeel des hoogeren rechters wordt onderworpen deze is, of de in eersten aanleg ingestelde eisch al of niet gegrond en rechtmatig is. En dan zou men zeggen, is daarmede ook de bevestigende beantwoording der vraag omtrent eene herhaalde bewijsvoering in thesi gegeven.

Het behoeft geen betoog dat van een herhaalde bewijsvoering, wanneer eens een beslissende eed werd afgelegd of geweigerd, ten aanzien van het daardoor uitgemaakte feit geen sprake kan zijn. Waar evenwel op vermoedens werd geoordeeld, zal niemand ontkennen dat de daaruit gemaakte gevolgtrekking door den hoogeren rechter zelfstandig zal worden beoordeeld, maar dat deze ook even goed door nieuwe feiten kunnen worden versterkt of door andere

kunnen worden verzwakt. Dat in hooger beroep omtrent dezelfde feiten stukken geproduceerd kunnen worden, die in eersten aanleg niet waren voorgebracht, wordt algemeen aangenomen. Ook is 't nauwelijks betwist, of er niet eene herhaalde plaatsopneming of bezichtiging in hooger beroep zal kunnen plaats hebben; evenmin of een nieuw bericht van deskundigen omtrent de zaak, reeds in eersten aanleg door deskundigen onderzocht, zou kunnen worden bevolen.

Met opzicht tot het getuigenverhoor is evenwel de jurisprudentie ook bij ons in tegengestelden zin gevestigd, zie bij OUDEMAN II, bl. 27, en bij de schrijvers heerscht verschil van gevoelen. Vóór de toelating PENNINCK op art. 216; Opmerkingen en Mededeelingen 1852, bl. 152--160. Tegen, Mr. M. DES AMORIE VAN DER HOEVEN in N. Rechtsg. Bijblad 1852 (II) bl. 474—477. OUDEMAN II, bl. 27 v. Herhaaldelijk werd door onze rechterlijke colleges beslist dat over dezelfde feiten, welke in eersten aanleg het onderwerp van een getuigenverhoor hadden uitgemaakt, een herhaald verhoor in hooger beroep niet kon worden toegelaten.

Ik zou ter beslissing van dezen strijd de daarin gebrachte rechtsregels liever daarbuiten laten, omdat deze, zooals 't gewoonlijk gaat, dubbelzinnig zijn, zoolang men niet heeft uitgemaakt, hoe zij zijn ontstaan en naar aanleiding of ten behoeve van welke gevallen zij werden opgesteld.

Zoo zou men licht denken, dat voor de bevestigende beantwoording van de vraag triumfantelijk beroep zou kunnen worden gedaan op den regel: „in appellationibus non probata probari non deducta deduci possunt." Wie ziet evenwel niet in dat het laatste gedeelte al dadelijk met het oog op art. 348 te ruim is gesteld en wie zal ontkennen dat zelfs het „non probata probari possunt" niet beperkt zou kunnen zijn tot de feiten waaromtrent geen bewijsvoering in eersten aanleg heeft plaats gehad; dat althans volstrekt niet behoeft aangenomen te worden, dat met dat „non probata" ook bedoeld worden feiten waarvan de bewijsvoering wel beproefd is, maar niet met goeden uitslag heeft plaats gehad? En dan, gelijk het zoo dikwijls met rechtsregels gaat, staat er ook hier tegenover den straks vermelden regel een andere die hem beperkt. De fransche schrijvers formuleeren dien aldus: „Les appellations se jugent dans l'état" d. i. men kan door in hooger beroep te komen geen rechten of bevoegdheden terugkrijgen die men in eersten aanleg verwerkt heeft. Wordt nu het beginsel waarop deze regel steunt niet in art. 348 in toe-

passing gebracht ten aanzien van verweermiddelen, welke in het geding ter eerste instantie zijn gedekt en geldt hij dus ook niet hier, zij het bij analogie? Want heeft niet hij die in eersten aanleg tot een getuigenverhoor werd toegelaten, het aan zich zelven te wijten, indien hij daarvan een onvoldoend gebruik heeft gemaakt? Verg. v. D. HOEVEN t. a. p. 475. Hoe ver men met een beroep op dergelijke regels komt of eigenlijk niet komt, kan blijken uit CHAUVEAU, die in eene aanteekening op CARRÉ Q. 1678 diens beroep op het „non probata probari" etc. zoo ruim mogelijk schijnt op te vatten, wanneer hij o. a. zegt: „....c'est d'ordinaire pour suppléer aux omissions, soit des juges, soit des parties que l'appèl est utile. On pourra donc pour justifier de plus une demande qu'on avait d'abord mal ou imparfaitement soutenu proposer des moyens jusqu'alors négligés; moyens de droit, moyens de fait etc. etc." Daarentegen beantwoordt hij in zijne aanteekening op Q. 1136 de vraag die ons nu bezig houdt, zoo pertinent mogelijk ontkennend: „nous refusons à la cour le droit de permettre une enquête nouvelle sur les faits déjà soumis à l'enquête de première instance."

Mij dunkt het staat vast dat art. 348 op zich zelf het toelaten van een getuigenverhoor over dezelfde feiten niet uitsluit. Als men in hooger beroep nieuwe feiten en nieuwe verweermiddelen mag aanvoeren, als den eischer alleen verboden wordt met een nieuwen eisch aan te komen, dan zal men toch des te eer de in eersten aanleg gevoerde argumentatie, vermeerderd en verbeterd wellicht, maar toch ook in hoofdzaak dezelfde, aan den hoogeren rechter mogen voordragen, en waarom zal men hem dan niet dezelfde feiten mogen toelichten en hem de gelegenheid niet mogen geven om de waarheid daarvan zelf te beoordeelen, door hem zelven de getuigen te doen hooren, wier verklaringen men van oordeel is dat ten onrechte door den eersten rechter niet geloofd of niet juist gewaardeerd zijn? Wanneer in geschillen over wegen of grenzen van langdurig gebruik of van vroegere toestanden de rede is en verklaringen van getuigen tegenover elkander staan, kan dan het eene college geene gronden hebben om de eene groep van getuigen meer vertrouwen van juiste wetenschap te schenken, dan een ander college aan een andere groep? En is dan niet het hooger beroep ook bestemd om het oordeel des eersten rechters aan de beoordeeling des hoogeren te onderwerpen? Het wil mij voorkomen dat het getuigenverhoor in hooger beroep omtrent dezelfde feiten, niet om art. 348 maar alleen

dan kan zijn uitgesloten, wanneer de bepalingen waardoor het in eersten aanleg is geregeld van dien aard zijn, dat zij eene herhaling daarvan in hooger beroep uitsluiten, in dien zin dat als eenmaal het verhoor gesloten is, daarop in 't geheel niet kan worden teruggekomen. Dan zou men echter nog niet eens kunnen zeggen: de belanghebbende partij heeft zijn recht daarop verwerkt, zooals art. 348 spreekt van verwerkte of gedekte verweermiddelen, want hij zou het recht niet hebben gehad en ook niet hebben kunnen opgeven, zoodat elke analogie met het verbod om verweermiddelen in hooger beroep te gebruiken die in eersten aanleg gedekt zijn, zou moeten worden ontkend. Immers het is geheel iets anders dat iemand een rechtsmiddel geacht wordt niet te hebben als hij 't niet op zijn tijd gebruikt, dan dat hij bij den hoogeren rechter eene overtuiging niet mag wekken, welke hij bij den lageren rechter niet heeft kunnen doen ontstaan. Wordt bij 't niet tijdig of niet op behoorlijke wijze gebruik maken van een recht de regel: „la forme emporte le fond" terecht toegepast, dan moet, wanneer in het algemeen gelegenheid wordt gegeven om zelfs door het herstellen van begane fouten een verbeterde uitspraak te verkrijgen, naar ik meen, al duidelijk blijken, dat de wetgever met een enkel onderzoek en waardeering van gestelde feiten, juist waar het een getuigenverhoor geldt, het debat onherroepelijk wil gesloten hebben, om dit aan te mogen nemen. Het kon daarom wel zijn dat de wetgever dit juist bij het getuigenverhoor had gewild. Al valt er nauwlijks aan te twijfelen, dat in hooger beroep nieuwe stukken ook tot bewijs van dezelfde feiten, als in eersten aanleg in het debat waren, kunnen worden overgelegd, men zou kunnen beweren, dat hierin niet zoodanige verwikkeling van het proces gelegen is, als waartoe een getuigenverhoor aanleiding geeft en dat hierbij ook niet aan verkeerden invloed, als op de getuigen kan worden uitgeoefend, te denken is. Als men een verhoor van deskundigen in hooger beroep opnieuw toegelaten acht, dan zal men kunnen beweren, dat ook de eerste rechter zelf een nieuw verhoor kan bevelen, als hij door het eerste bericht niet voldoende is ingelicht en dat dit dus wel zooveel te meer door den rechter in hooger beroep moet kunnen geschieden. En dan zal het wel niet twijfelachtig zijn of, indien de eerste rechter zich door het bericht liet leiden, de partij die daardoor in het ongelijk werd gesteld een nieuw bericht door deskundigen zal mogen verzoeken. Hier zal men evenwel kunnen zeggen dat die toelating van een hernieuwd onderzoek in

hooger beroep steun vindt in de aan den eersten rechter uitdrukkelijk in art. 235 toegekende bevoegdheid. En wat de plaatsopneming betreft, kan men daar niet zeggen, dat dit middel zoo geheel op eigen aanschouwen van den rechter is gericht, dat die bijzondere aard medebrengt dat even goed als de rechter in eersten aanleg dit eigen aanschouwen noodig had, ook de hoogere rechter daaraan behoefte kan hebben, al werd de opgenomen toestand in een procesverbaal beschreven?

Dat alles zal men kunnen beweren, maar zal daardoor ook bewezen zijn, dat het onderscheid tusschen het karakter van een plaatsopneming of van een bericht van deskundigen en een getuigenverhoor zóó groot is, dat daarmede het onderscheid in de bewijskracht, als hier wordt ondersteld, wordt gerechtvaardigd? Of moet voor alle drie niet ten slotte hetzelfde beginsel leiden tot hetzelfde gevolg, dat nl. de rechter in hooger beroep in staat moet worden gesteld om zelfstandig en naar eigen oordeel de bewijskracht van een in toepassing gebracht bewijsmiddel te beoordeelen en dat hij zelf daartoe over dezelfde feiten getuigen moet kunnen vernemen? desnoods dezelfde getuigen als de eerste rechter hoorde en, ook anderen wijl het hooger beroep eene nieuwe behandeling beoogt, die ook aanvulling van het in eersten aanleg verzuimde toelaat? Mij komt althans voor dat om dit niet aan te nemen, duidelijk zou moeten blijken van des wetgevers wil om het te verbieden.

Nu staat het vast dat de wetgever daaromtrent niets uitdrukkelijk bepaalt. Maar het is de vraag, of niet de wijze waarop hij het getuigenverhoor in eersten aanleg regelt, de herhaling daarvan over dezelfde feiten in hooger beroep uitsluit. Dit is het gevoelen van Mr. M. DES AMORIE VAN DER HOEVEN t. a. p. „Wie eens tot eene enquête door den lageren rechter is toegelaten,” dus schreef hij, „heeft de gelegenheid gehad om de feiten, tot staving waarvan dat getuigenverhoor moest strekken, te bewijzen door de verklaringen van alle getuigen, wier oproeping tot dat einde van dienst kon zijn. Aan zichzelven alleen heeft hij het te wijten, indien hij, hetzij in de keuze der getuigen, hetzij in het formuleeren der vragen, welke hij aan hen heeft doen voorleggen, slordig en nalatig is te werk gegaan. Is eenmaal de enquête gesloten, dan zijn die fouten — althans in dezelfde instantie — niet meer te verbeteren. Het non bis in idem verzet zich daartegen. Komt men nu in hooger beroep, dan geloof ik niet dat men daardoor de bevoegdheid kan verkrijgen om

op de eens afgeloopene en afgeslotene enquête terug te komen. Naast den regel: in appellationibus non probata probari possunt," staat een andere regel die bij de fransche auteurs gewoonlijk in deze woorden wordt uitgedrukt: „Les appellations se jugent dans l'état." Wat de eerste instantie betreft heb ik niets te zeggen tegen het beweren dat daarin aan het eenmaal gesloten getuigenverhoor niet meer te verbeteren valt. Ik ga zelfs verder en zonder mij op het hier niet zeer gelukkig tepas gebracht „non bis in idem" te beroepen, is het, dunkt mij, duidelijk uit de bij de wet voorgeschreven regeling, dat de partijen in het voorbrengen der getuigen streng gebonden zijn aan de daartoe voorgeschreven vormen en termijnen en dat, gelijk uit het tegenwoordig art. 108*a* (vroeger 217) blijkt, alleen in zeer bijzondere gevallen een nadere termijn tot het hooren van getuigen kan worden toegestaan. En dit kon niet anders, wilde men althans de debatten met orde gevoerd en binnen zoodanige perken gevoerd zien, dat er een einde kome aan den strijd. Als de daarvoor gemaakte regeling redelijk en rechtvaardig is, dan kan en moet het „la forme emporte le fond" worden toegepast. Maar volgt daaruit dat ook in hooger beroep het in eersten aanleg gesloten getuigenverhoor niet kan heropend worden? Waren ook niet de debatten over de geheele zaak gesloten, opdat de rechter zijne uitspraak zou kunnen geven? Waren zij niet zoo onherroepelijk gesloten dat partijen, wat zij door slordigheid of nalatigheid waren tekort gekomen in hunne voordrachten, niet meer mochten aanvullen noch verbeteren? En wordt hun nu daartoe niet zoo ruim mogelijk de gelegenheid gegeven in het hooger beroep? Is dit niet juist bestemd tot eene geheel nieuwe behandeling der zaak? Gebeurt het zelfs wel niet dat voor hooger beroep vatbare zaken, als partijen of de praktizijns weten dat, hoe de beslissing des eersten rechters uitvalle, de in het ongelijk gestelde partij in hooger beroep zal komen, in eersten aanleg met minder zorg behandeld worden en de beste krachten tot het hooger beroep worden bespaard? Brengt een tweede behandeling ook door andere praktizijns niet dikwijls nieuwe gezichtspunten aan het licht, wat tot eene betere beoordeeling van de zaak in hooger beroep kan leiden? En zouden de partijen dan wèl het recht hebben om zich zelfs op nieuwe feiten te beroepen, maar niet om beter bewijs voor de reeds in geding gebrachte feiten te leveren en den hoogeren rechter in de gelegenheid te stellen de daarvoor geleverde bewijzen zelf te beoordeelen? Indien nu nog kon aangenomen

worden dat de partij die een nieuw verhoor over de feiten verlangt, het voor haar ongunstig resultaat harer bewijsvoering aan zich zelve, aan hare slordigheid of nalatigheid had te wijten (Zie Mr. v. D. HOEVEN t. a. p.), men zou haar het „habeat quod sibi imputet" kunnen tegenwerpen, en meenen dat aan de gerechtigheid voldaan was. Maar het is er verre af dat dit altijd het geval zou zijn. Of zou bijv. eene partij, zich sterk gevoelende in haar recht en niet anders dan pertinente verklaringen van de getuigen in haar voordeel verwachtende, zich daarom niet tot een gering aantal getuigen hebben kunnen beperken en trots hare beste verwachtingen, óf in het herinneringsvermogen óf in de fermeteit van de opgeroepen getuigen, kunnen teleurgesteld worden? Zou zij altijd hebben kunnen rekenen op verklaringen als door getuigen tot tegenbewijs worden afgelegd en zou niet de tegenpartij, op gelijke wijze, in de getuigen die zij bijbracht teleurgesteld kunnen worden of ook van hare zijde zich van hare beweringen zoo zeker hebben kunnen wanen, dat zij 't van minder belang achtte aan het tegenbewijs veel kosten en omslag te verspillen? Zou het wel waar zijn dat eene partij het in hare macht had, om, zelfs wanneer zij 't wilde, alle getuigen op te roepen die tot bevestiging van hare beweringen van dienst konden zijn? Zou bovendien het wikken en wegen van de tegenovergestelde verklaringen der getuigen en de beoordeeling der waarde hunner getuigenissen niet reeds reden genoeg kunnen zijn om ook voor den hoogeren rechter door een hernieuwd verhoor de juiste beoordeeling mogelijk te maken? De ongunstige beoordeeling die aan de afgelegde getuigenissen van de zijde des rechters te beurt valt, kan toch ook onjuist zijn! Mij dunkt dat dit alles wel opweegt tegen het eenig argument, dat de wetgever het getuigenverhoor in eersten aanleg aan strenge regelen bindende om dit ordelijk te doen plaats hebben, daarmede zou bedoeld hebben dat een verhoor over dezelfde feiten ook niet in hooger beroep herhaald zou mogen worden. Mag daartegen de vrees gelden, op grond waarvan het Kanonieke recht het getuigenverhoor betreffende dezelfde feiten in hooger beroep uitdrukkelijk uitsloot: „cum non minus in appellationibus quam in principali causa subornatio sit timenda"? Terwijl Mr. VAN DER HOEVEN zich op die plaats, Clementinae 2 de testibus (II, 8) beroept om aan te toonen, dat de door hem voorgestane rechtsleer van oudsher in het algemeen Europeesche recht aangenomen geworden is en de bevestiging daarvan vindt in hetgeen naar het toen nog geldend algemeen Duitsch procesrecht volgens HEFFTER

gold, wijst hij toch ook op het wetboek van Genève dat in art. 323 het tegenovergestelde bepaalt, en den rechter in hooger beroep de vrijheid laat dezelfde of andere getuigen in appèl te hooren, als het getuigenverhoor in eersten aanleg onvoldoende voorkomt. Opmerkelijk is wat BELLOT in het Exposé des Motifs p. 304 daarover zegt: „Nous ne lions point la Cour au résultat consigné dans les procès-verbaux d'enquête. Nous serions retombés dans tous les inconvènients de l'enquête écrite. Les juges d'appèl pourront toujours y substituer la vive clarté du débat oral, en entendant eux-mêmes publiquement les témoins produits en première instance, dont la déposition paraîtrait exiger d'être éclaircie, ou mériter, à raison de son importance ou de quelque contradiction, la garantie d'une audition et d'une confrontation nouvelle." Zou het zeer gewaagd zijn te onderstellen, dat de ontkennende beantwoording der vraag, die ons bezighield, door de fransche schrijvers nog onder den invloed staat van het oude proces, te meer, omdat de hoogere rechter evenals de lagere in den regel bij een nieuw verhoor niet veel baat kon vinden, wanneer hij naar den C. de pr. in zaken van gewone behandeling, welke wettelijk den regel uitmaakten, het verhoor aan een rechtercommissaris moest overlaten, dus altijd naar een procesverbaal moest oordeelen? En dat wat de praktijk onder den Code meêbracht, al maakte ons wetboek de opdracht aan een rechter-commissaris facultatief, bij ons gezag bleef behouden, kan wel niet zoo heel vreemd gevonden worden. Maar, terwijl nu bij de herziening van 1896, onze wetgever zich onvoorwaardelijk voor het houden van het getuigenverhoor op de terechtzitting heeft verklaard, nu dientengevolge met goed gevolg in hooger beroep over de waarde van het getuigenverhoor kan worden gedebatteerd, indien dit een hernieuwd getuigenverhoor kan tengevolge hebben, omdat dan de hoogere rechter de getuigen zelf zal hooren, nu verzwakt daardoor zeer zeker het gewicht dat men, wellicht nog meer door de traditie dan door den waren zin der wettelijke bepalingen geleid, heeft meenen te moeten toekennen aan de regeling van den vorm en de termijnen voor het getuigenverhoor, om een hernieuwing van dat verhoor over dezelfde feiten niet toegelaten te achten. Of nu in Frankrijk aan CHAUVEAU's gevoelen nog wel zoo sterk zou worden vastgehouden, zou ik betwijfelen, als ik bij GARSONNET § 339 a. h. e. (II, p. m. 544) lees, dat zelfs in eersten aanleg de rechter een tweede getuigenverhoor zou kunnen bevelen o. a. „quand la première (enquête) ne suffit pas

pour éclairer sa religion." Hij beweert dit op dezen grond, dat aan den rechter zonder eenige beperking het recht is gegeven om ambtshalve een getuigenverhoor te bevelen.

Ik meen hiermede het in den tekst geformuleerde gevoelen voldoende te hebben gestaafd en te mogen stellen dat een getuigenverhoor over dezelfde feiten in hooger beroep kan worden gehouden en dat het geheel in overeenstemming is met de daarvoor pleitende redenen, dat de hoogere rechter een getuigenverhoor ter terechtzitting beveelt, wanneer dit in eersten aanleg door een gedelegeerden rechter of krachtens eene rogatoire commissie werd gehouden en de redenen die tot deze exceptioneele maatregelen deden besluiten, voor het geding in hooger beroep niet of niet meer bestaan,

Zal de rechter in hooger beroep evenwel altijd verplicht zijn het getuigenverhoor over dezelfde feiten te bevelen, indien overigens de voor een getuigenverhoor in de wet gestelde vereischten aanwezig zijn? Mij dunkt ja. Uitzondering zou er alleen te maken zijn, indien de rechter uit het proces-verbaal en de daarover voor hem gevoerde debatten de overtuiging kreeg dat aan het geleverde bewijs niets ontbrak, of dat het bewijs niet te leveren zou zijn. Doch, hoe kan men zich dit haast denken, wanneer beide partijen hunne getuigen hebben voorgebracht en de in het ongelijk gestelde beweert door nieuwe getuigen het bewijs waarin hij tekort schoot te kunnen aanvullen en het tegenbewijs te kunnen ontzenuwen? Ik zou het daarom niet noodig achten dat de wetgever, indien hij de bestaande vraag ging beslissen in den hier voorgestelden zin op het voorbeeld van het Ontwerp 1865 het nieuwe getuigenverhoor toeliet, „wanneer de rechter dit ter beslissing der zaak noodig acht." Zie Ontwerp B III, tit. IV, art. 23, en art. 24 en 25 waar bepalingen omtrent andere bewijsmiddelen worden opgenomen, en de Toelichting, (uitg. Belinfante), bl. 185 en 186. Wel kan ik mij vereenigen met den wensch waarmede in 1852 Mr. VAN DER HOEVEN zijn aangehaald opstel besloot, dat de quaestie door den wetgever uitdrukkelijk worde uitgemaakt. Toch komt het mij voor dat, tengevolge van de in 1896 algemeen voorgeschreven verplichting om het getuigenverhoor op de terechtzitting te houden, eene wijziging der bestaande jurisprudentie een afdoenden grond kan vinden. Daarmede toch is alleen de herhaalde toelating van een getuigenverhoor over dezelfde feiten in overeenstemming.

B. In het bijzonder. I. De gerechtelijke plaatsopneming en bezichtiging.

Art. 353 verklaart de bepalingen van den III[en] titel omtrent de gerechtelijke plaatsopneming en bezichtiging toepasselijk in hooger beroep. Die bepalingen hebben bij de herziening van 1896 eenige verandering ondergaan. Het middel is uitgebreid en de wijze van procedeeren is vereenvoudigd. Ik behandelde het onderwerp in Dl. IV 1, § 95 vv. naar de vroegere bepalingen. Hier zal ik dan ook alleen de veranderingen bespreken.

a. Het middel.

Naar aanleiding van eene opmerking van de commissie van voorbereiding voor het Ontwerp HARTOGH in de Tweede Kamer werd, op het voorbeeld van het Ontwerp 1865, aan de gerechtelijke plaatsopneming eene ruimere strekking gegeven en het onderzoek des rechters door eigen aanschouwen ook op roerende zaken onder de benaming van bezichtiging toepasselijk gemaakt. Die uitbreiding verdient zeker goedkeuring. Of de benaming van plaatsopneming nu evenwel niet in die van bezichtiging had kunnen opgaan en of de qualificatie van gerechtelijk niet had kunnen worden weggelaten, laat ik daar. Zie over een en ander Dl. IV, I, bl. 39 en 37.

De bezichtiging wordt alleen toegepast op zaken die niet of bezwaarlijk ter terechtzitting kunnen worden overgebracht. Is daardoor uitgesloten de bezichtiging ter terechtzitting van zaken die daar worden overgebracht? Zou de partij, die tot verduidelijking van hare mondelinge voordracht en tot toelichting der feiten van het geding het aanschouwen van de roerende zaken noodzakelijk of nuttig achtte, die daar niet mogen overbrengen om ze aan den rechter te vertoonen? Reeds onder de vroegere bepaling, die het middel tot onroerende zaken beperkt, meende ik in de ontkennende beantwoording dier vraag een te ver gedreven formalisme te mogen zien. Maar een bevel van den rechter hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van partijen, tot overbrenging van eene zaak ter terechtzitting is uitgesloten. Het complement van de navolgende bepaling van het Ontwerp 1865, hetwelk daar voorkwam in art. 81, en de bezichtiging ter terechtzitting opzettelijk regelde, werd niet overgenomen. Toch had dit voorschrift, nu er zoo uitdrukkelijk gesproken wordt van zaken die niet ter terechtzitting kunnen worden overgebracht, niet achterwege mogen blijven. En,

terwijl een bevel tot overbrenging ter terechtzitting, zonder medewerking van de partij die de zaken onder zich heeft, geen uitvoering kan erlangen, zou dan ook de sanctie in gezegd art. 81 voorkomende, dat het niet voldoen aan het rechterlijk bevel kan worden aangemerkt als een vermoeden in het nadeel van hem, die daarmede werd belast, niet worden gemist.

b. Wijze van procedeeren.

De inhoud van het vonnis is niet gewijzigd ten aanzien van hetgeen daarin moet vermeld worden met opzicht tot de wijze waarop de rechters, aan wie de opneming of bezichtiging wordt opgedragen, hunne taak te vervullen hebben. Dit ware m. i. beter in afzonderlijke bepalingen, als gevolg van de in het vonnis gedane opdracht, opgenomen, zie Dl. IV, 1, bl. 45. Er moeten thans evenwel voorzieningen in voorkomen, welke in verband staan met algemeene in het proces gebrachte wijzigingen.

Zoo bepaalt het vonnis zelf tijd en plaats voor de opneming of bezichtiging en is dit niet aan de met het onderzoek belaste rechtercommissarissen opgedragen. Beteekening van het vonnis vervalt, een bevelschrift behoeft aan commissarissen niet gevraagd te worden en de tegenpartij behoeft niet te worden opgeroepen. Partijen hebben het vonnis gehoord, tot nadere kennisneming kunnen zij zich afschriften daarvan verschaffen en hebben uit het vonnis zelf ook tijd en plaats van de opneming of bezichtiging kunnen vernemen. In het vonnis wordt ook de terechtzitting bepaald, waarop de zaak weder zal worden opgeroepen. De dag van die terechtzitting wordt natuurlijk in overleg met de gecommitteerde rechters bepaald, daar deze over de zaak moeten gezeten hebben. En mocht de voor het onderzoek noodige tijd tegenvallen, dan kan, bij de verschijning van partijen op de terechtzitting een nadere dag voor de voortzetting van de zaak aangewezen worden. Hiermede wordt het zg. rolsysteem, hetwelk bij de herziening in 1896 aangenomen werd, en dat ten gevolge heeft dat de zaak altijd op de rol blijft, in toepassing gebracht. Eene oproeping om ter terechtzitting te verschijnen wordt daardoor overbodig en de beteekening van het procesverbaal vervalt hier ook als in andere gevallen. Partijen kunnen zich daarvan afschrift verschaffen ter griffie; de eene behoeft het niet aan de andere mede te deelen. Zoo vervalt wat op bl. 49 in Dl. IV, 1 over de uitvoering

van het vonnis werd opgeteekend en wat, op bl. 52, van de beteekening van het procesverbaal werd gezegd.

De bepalingen omtrent de verplichting tot het voorschieten der reiskosten is dezelfde gebleven, behalve dat daarbij natuurlijk ook van de bezichtiging wordt gesproken. Er kan nu evenwel geen sprake meer van zijn om die verplichting op te leggen aan de partij welke de uitvoering van het vonnis aanvraagt, wat in het geval van art. 221 § 1 (oud) naar de bewoordingen van die bepaling wèl kon worden aangenomen, aangezien de uitvoering niet meer geschiedt op aanvrage van eene der partijen. De in art. 221 § 1 bedoelde partij kan nu geen andere zijn dan die het verzoek aan den rechter deed om een plaatsopneming of bezichtiging te bevelen. Werd het bevel ambtshalve door den rechter gegeven, dan zal thans evenals vroeger de verplichting tot het voorschieten der kosten door den rechter aan eene der partijen worden opgelegd. Over de bezwaren aan deze bepaling verbonden, zie Dl. IV, 1, bl. 55. Komt de partij die tot het voorschot verplicht is deze verplichting niet na, dan zal, alleen in geval die verplichting bij vonnis werd opgelegd, van een dwang door executie sprake kunnen zijn. Wat het Ontwerp 1865 in art. 80 uitdrukkelijk bepaalt, dat de rechter tot het onderzoek niet overgaat, als de kosten niet geconsigneerd zijn, komt mij, ook zonder uitdrukkelijke bepaling, voor rechtens te zijn.

II. Bericht van deskundigen.

Terwijl in art. 353 ook omtrent dit onderwerp naar tit. III wordt verwezen, kan ik mij ook hier tot de wijzigingen in de wet van 1896 opgenomen bepalen en voor het overige naar Dl. IV. 1e stuk verwijzen.

De wijzigingen betreffen de behandeling van het incident en zijn van denzelfden aard als die in de behandeling van de plaatsopneming gebracht.

Gelijk het verzoek tot benoeming van deskundigen, d. i. tot het bevelen van een onderzoek door deskundigen, vroeger (arg. artt. 247 en 141) behoorde te geschieden bij eene beteekende akte of bij conclusie ter audientie (Dl. IV, 1, bl. 77); zoo kan dat thans, naar aanleiding van het gewijzigd art. 247 en tengevolge van het vervallen van de onderscheiding in summiere en gewone behandeling, alleen bij conclusie ter audientie plaats hebben.

De afschaffing van de beteekening der vonnissen, bij art. 66 (oud) voorgeschreven, moest ten gevolge hebben dat ook het vonnis houdende benoeming der deskundigen niet beteekend wordt. Zoo zullen

dan de partijen zich niet binnen drie dagen na de beteekening van het vonnis hebben te verstaan over de deskundigen, door welke zij het onderzoek willen doen verrichten in plaats van door de bij het vonnis benoemde (t. a. p. bl. 79), maar zal dit binnen acht dagen na de uitspraak moeten geschieden. Art. 223 § 2.

De bepalingen omtrent wraking werden niet verduidelijkt door daarin een behoorlijk verband te brengen (t. a. p. bl. 81). De bepaling van art. 225 (oud) aan het slot, volgens welke de wraking summierlijk moest worden beslist, kon natuurlijk niet behouden worden. De noodzakelijke herziening bood gereedelijk de gelegenheid aan om de bepaling te verbeteren naar den zin dien zij in art. 311 C. de pr. had, waarvan de woorden: „sera jugé sommairement à l'audience" onkritisch in het W. 1838 waren vertaald. Er is evenwel in het herziene art. 225 alleen bepaald dat de deskundige, zoo hij verschijnt, gehoord wordt. Maar overigens behoeft de mondelinge toelichting van partijen niet voldoende geacht te worden. Conclusiën zijn niet uitgesloten als in het geval van art. 233 § 2, (nieuw).

Wanneer de reden van wraking door getuigen kan worden bewezen, en door de partij die de wraking te bewijzen heeft, aanbod is gedaan om die met getuigen te staven, geschiedt dit op de wijze welke thans voor het getuigenverhoor geldt en die ik in Dl. IV, 2, § 124 vv. overeenkomstig de bepalingen van 1896 heb beschreven. Van eene summiere behandeling, waarnaar art. 226 (oud) verwees (t. a. p. bl. 84), kan geen sprake meer zijn.

De deskundigen, die voordat zij hunne werkzaamheden aanvaarden een eed hebben af te leggen, moeten daartoe worden opgeroepen. Dit wordt aan de meest gereede partij overgelaten, welke deze oproeping zal moeten doen ten minste drie dagen voor den dag tot het afleggen van den eed bepaald. Die dag wordt voor de bij het vonnis benoemde deskundigen in het vonnis bepaald en kon, naar de wet van 1838, niet bepaald worden in het vonnis voor die deskundigen, omtrent welke partijen waren overeengekomen, dewijl deze aanwijzing van partijen moest plaats hebben binnen drie dagen na de beteekening van het vonnis, en de dag waarop die beteekening zou plaats hebben den rechter niet bekend kon zijn, daar hij geheel van de partijen af hing.

Nu evenwel de aanwijzing van de deskundigen door partijen moet geschieden binnen acht dagen nà de uitspraak, kan de rechter den dag der eedsaflegging in verband met dien termijn bij

zijn vonnis bepalen en zal die dag door de meest gereede partij, ook ten aanzien van de na het vonnis door partijen aangewezen deskundigen kunnen worden in acht genomen, al is de bepaling van art. 224 § 1 alleen voor de benoemden, dat zijn de bij het vonnis benoemden, geschreven. Dat woord benoemde had bij de herziening kunnen worden weggelaten. Verg. t. a. p. bl. 87.

De deskundigen hebben zeker niet noodig den geheelen inhoud van het vonnis te kennen om zich te beraden, of zij hunne taak al of niet zullen aanvaarden en daartoe ter eedsaflegging zullen verschijnen. Daarom kon de wetgever het in art. 101 voldoende achten, dat hun alleen het dispositief van het vonnis beteekend werd. Toch beval art. 225 (oud) de beteekening van het vonnis en niet ten onrechte werd in 1896 bepaald dat het exploit tot oproeping van de deskundigen om den eed af te leggen de rechterlijke opdracht moet inhouden. Is dit iets anders dan het dispositief in art. 101 vermeld? De HH. Hartogh en Cosman teekenen bij art. 224 aan: „zooals die (opdracht) in het vonnis is omschreven, moet zij woordelijk in het exploot worden opgenomen." Ook nu blijft echter waar, wat ik t. a. p. bl. 87 opmerkte, dat de deskundigen uit die rechterlijke opdracht evenmin als vroeger uit het vonnis, niet altijd zullen vernemen dat zij, wel dat anderen benoemd zijn, wanneer hunne benoeming nl. overeenkomstig § 3 van art. 223 heeft plaats gehad. De in deze bepaling vermelde verklaring ter griffie zal dan ook wel in het exploit mogen opgenomen worden.

De aanwijzing van tijd en plaats van het onderzoek wordt, volgens art. 228 (nieuw), wel in het procesverbaal van eedsaflegging opgenomen, doch de wet bepaalt nu uitdrukkelijk, dat de rechter daaromtrent eene beslissing neemt na verhoor der deskundigen en der partijen voorzoover deze tegenwoordig zijn. Tijd en plaats behoeven evenwel aan een afwezig gebleven partij niet bekend gemaakt te worden bij een exploit van oproeping. Ook aan deze laatste wordt de beslissing geacht bekend te zijn. En terecht. De procureur die afwezig bleef kan de moeite nemen er naar te informeeren. En indien soms door de partij geen procureur was gesteld, vervalt nu meteen de complicatie waarop ik wees t. a. p. bl. 90. Hiertoe is evenwel de wijziging in het artikel niet beperkt. Tevens wordt door den rechter bepaald de termijn, binnen welken de deskundigen hun schriftelijk bericht ter griffie zullen inleveren, wat

niets nieuws is (art. 232 oud) en, met toepassing van het rolsysteem, ook de terechtzitting bestemd tot voortzetting van de zaak. Iets dergelijks vonden wij in art. 219 (nieuw) bij de plaatsopneming voorgeschreven. Doch wat daar aan den natuurlijken loop der dingen werd overgelaten, wordt hier uitdrukkelijk bepaald, dat nl., wanneer op den bepaalden dag het bericht van de deskundigen niet mocht zijn ingekomen, de rechter op verzoek van partijen of eene van haar een naderen dag tot de voortzetting der zaak kan bepalen. art. 228 § 2.

Omtrent de berechting van eene tegen de deskundigen ingestelde vordering tot nakoming hunner verplichting om het bericht op den aangegeven tijd uit te brengen, bepaalde art. 233 (oud): „de rechtspleging hierover geschiedt summierlijk en zonder verdere instructie." Het was wel een woordelijke vertaling van art. 320 C. de pr.: „il y sera statué sommairement et sans instruction," doch de gedachte wordt beter teruggegeven in de nieuwe bepaling: „De rechter doet uitspraak, de verschenen deskundigen gehoord, zonder voorafgaande conclusiën." Verg. t. a. p. bl. 95 a. h. e.

De verschenen deskundigen moeten gehoord worden; verschijnen zij niet, dan moet uit die bepaling voortvloeien, dat er dan uitspraak kan worden gedaan, zonder dat zij gehoord worden, maar dat het zoo goed is als waren zij gehoord. Dit is althans de conclusie door Mrs. HARTOGH en COSMAN op art. 233 aangeteekend, wanneer zij zeggen: „Wel is het verzet uitgesloten maar niet het hooger beroep." Het komt mij nog altijd voor dat, bij eene radicale herziening, de lijfsdwang vermeden en aan de partijen een middel gegeven had kunnen worden dat beter in hunne belangen voorzag. Verg. mijne opmerkingen in het summier proces bl. 33—35. Daarmede beweer ik echter niet dat dergelijke herziening binnen de grenzen van die van 1896 lag.

III. De bewijsvoering door geschriften.

Ik heb hier alleen van de incidenten te spreken, waartoe de bewijsvoering door geschriften aanleiding kan geven, al bepaalde ik mij daartoe niet in de IV[e] afd. van Hoofdstuk VIII (Dl. IV, 1, bl. 157 vv.), waar ik de gedingen betrekkelijk de bewijsvoering in eene

ruimere beteekenis opvattende, ook die gevallen besprak, waarin eene eventueele bewijsvoering tot afzonderlijke gedingen aanleiding kan geven, bepaaldelijk waar het om het behoud, de bewaring en bekoming van schriftelijke bewijsstukken te doen is. Alleen in die tot bekoming van schriftelijke bewijsstukken kan er aanleiding tot incidenteele vorderingen ontstaan en deze kunnen ook in het hooger beroep voorkomen.

a. Bekoming van schriftelijke bewijsstukken.

Zoo kan dan eene vordering tot mededeeling van een stuk, dat aan beide partijen gemeen is en onder de tegenpartij berust, het onderwerp van een incident uitmaken en evenals in 't geding in eersten aanleg ook in dat in hooger beroep zich voordoen. Dl. IV, § 113, sub III, bl. 193. Als eene incidenteele vordering aangebracht, zal daarbij en bij de verdere behandeling alsnu art. 247 (nieuw) moeten worden in acht genomen, waarbij het onderscheid tusschen gewone en summiere behandeling, waarop ik t. a. p. bl. 195 wees, niet meer in aanmerking komt. De bepaling van art. 147, heeft met de hier besproken mededeeling niets uit te staan. Deze kan volgens art. 1923 B. W., in elken stand van het geding worden gevraagd. Alleen zal bij de wijze waarop de mededeeling, nadat de rechter de tegenpartij daartoe zal hebben veroordeeld, geschiedt en waaromtrent niets bijzonders bepaald is, naar aanleiding van art. 147, de nederlegging ter griffie of tegen recepis kunnen worden toegepast. Zie ook Dl. IV, 1, bl. 239 vv.

Wanneer de vordering tot mededeeling van koopmansboeken naar art. 11 K., in een geding wordt gedaan, zal hij met de in art. 1923 behandelde mededeeling op ééne lijn moeten worden gesteld als zijnde zij eene species van het daar behandelde genus. Zie t. a. p. bl. 197 en 240 v.

De vordering tegen een makelaar op grond van art. 68 K. heeft in beginsel wel overeenkomst met die van art. 11 K. (zie t. a. p. bl. 202) maar in een geding zal zij het gevolg zijn van eene vordering der tegenpartij tot overlegging van het oorspronkelijk stuk. Wil de partij die het uittreksel uit het boek van den makelaar overlegde daaraan voldoen, dan zal zij daarop moeten concludeeren

dat haar een termijn verleend worde om den makelaar op te roepen. De bepaling van art. 147 moet hier wel buiten toepassing blijven.

De dwanguitgifte van akten (t. a. p. § 113, bl. 214) kan alleen het voorwerp zijn van eene incidenteele procedure. Art. 833 bepaalt het uitdrukkelijk met de woorden: „in den loop der procedure." Ik meen dit bl. 215 voldoende toegelicht te hebben. De voorgeschreven wijze van procedeeren, die „procureursakte" van art. 833 gaat van dezelfde onderstelling uit. Waarom is echter dit laatste voorschrift niet met de veranderde bepalingen omtrent de incidenteele vorderingen in overeenstemming gebracht? Terwijl die procureursakte met de behandeling van de incidenteele vorderingen in gewone zaken in verband stond (art. 247 oud) en daarvan in summiere zaken alleen om art. 141 (oud) kon worden afgeweken, had, dunkt mij, de afschaffing der onderscheiding van gewone en summiere zaken ook hier den regel van art. 247 (nieuw) in toepassing moeten doen brengen. Men heeft zich bepaald tot het schrappen van de verwijzing naar de summiere behandeling in art. 834 (oud), liet de bepaling van de terechtzitting waarop de vordering wordt aangebracht aan de procureursakte over, en omtrent de verdere behandeling werd niets bepaald. Het ontwerp van 1865 gaf een goed voorbeeld: „doet den eisch tot afgifte bij incidenteele vordering." Daarmede was alles gevonden en met de nieuwe behandeling der incidenteele vorderingen in overeenstemming gebracht.

Ofschoon in de verdere bepalingen der wet omtrent de dwanguitgifte van akten geen verandering werd gebracht, zal toch de wijziging van art. 66 ten gevolge hebben, dat art. 432 niet meer voor toepassing vatbaar is zoodat, al werd het vonnis niet bij voorraad uitvoerbaar verklaard, het opmaken van het afschrift of uittreksel op vertooning van het vonnis moet geschieden, ook zonder dat dit aan de partij beteekend werd, en, indien de rechter den dag voor het opmaken van het afschrift in het vonnis bepaalt, wat nu zeker als noodzakelijk verondersteld mag worden, ook zonder nadere oproeping. In verband met art. 342 zal met die uitvoering van het vonnis evenwel acht dagen moeten worden gewacht. — De bepaling van art. 837, volgens welke de dag, waarop ontstane geschillen ter rolle zullen worden gebracht, bij het procesverbaal wordt aangewezen, is behouden gebleven. Ook zal de dag waarop de hoofdzaak zal worden voortgezet van de meest gereede partij afhankelijk blijven, indien de

rechter dien dag niet in het vonnis, waarop de dwanguitgifte werd toegestaan, aanwees. Ofschoon hem de verplichting daartoe hier niet wordt opgelegd, zal hij zich daartoe, m. i., wel bevoegd kunnen achten. Zie ook daarover Ontwerp 1865 art. 12 van B. IV, tit. 9.

b. Mededeeling van stukken. Dl. IV, § 114. bl. 226.

In de tot dit onderwerp betrekkelijke bepalingen van het wetb. v. 1838, art. 148--150, zijn bij de herziening van 1896, in de artt. 147—149 (nieuw), meer bepaaldelijk in art. 147, belangrijke veranderingen gebracht. Hoofdzaak daarbij is, dat deze mededeeling van stukken het karakter van eene incidenteele vordering heeft verloren.

Verlangt eene partij inzage van het stuk zelf waarop de andere partij zich beroept en waarvan zij een afschrift overlegde, dan geeft zij van dit verlangen kennis bij akte van procureur tot procureur. De wederpartij is dan verplicht het oorspronkelijke stuk, hetzij ter griffie neer te leggen, hetzij tegen recepis aan den procureur der andere partij over te leggen. Van de nederlegging ter griffie moet aan de wederpartij worden kennis gegeven. Indien aan de verplichting tot mededeeling op de een of andere wijze niet wordt voldaan dan zal de wederpartij zich, alleen bij de pleidooien over de hoofdzaak, daarop kunnen beroepen. Zoo wordt eene incidenteele procedure afgesneden. De tusschenkomst des rechters is voor de mededeeling niet noodig, zij gaat geheel buiten hem om, en geschiedt zij niet, dan wordt zijn oordeel daarover ingeroepen bij gelegenheid dat partijen de hoofdzaak bepleiten. Maar welk zal het rechtsgevolg zijn van het niet voldoen aan de verplichting? „De rechter," zegt art. 147 § 3 a. h. e. „zal zoodanig stuk ter zijde KUNNEN leggen en daarmede bij zijne beslissing geen rekening behoeven te houden." Daarmede wordt, dit blijft mijn gevoelen, het in art. 1925 B. W. onvoorwaardelijk toegekende recht om de vertooning van het oorspronkelijk stuk steeds te vorderen, miskend. Het ontwerp van 1865 zeide dan ook in tit. II van B. II art. 6: „Wanneer de mededeeling of overlegging niet plaats heeft binnen den bij het vonnis bepaalden termijn, blijven de stukken buiten het geding." Dit is de eenige, maar ook onverbiddelijke gevolgtrekking, welke uit art. 1925 moet gemaakt worden. Want, als de bewijskracht niet in het afschrift, maar

in het oorspronkelijk stuk ligt, welks vertooning daarom d. i. tot aanneming van de bewijskracht van het stuk, steeds gevorderd kan worden, dan is er geen schriftelijk bewijs, wanneer de tegenpartij het afschrift niet als met dat oorspronkelijk overeenstemmend wil aannemen, zonder dat het oorspronkelijk stuk haar vertoond worde. Nu kon zeker het Ontwerp 1865 zoo onvoorwaardelijk de verwerping van het stuk uitspreken, omdat de verplichting tot overlegging bij vonnis werd opgelegd en derhalve de bezwaren welke daartegen zouden kunnen bestaan, door den rechter waren geoordeeld en te licht werden bevonden. Naar de nieuwe bepaling zal nu wellicht daarover bij de pleidooien over de hoofdzaak gedebatteerd worden, maar altijd blijft het aan het oordeel des rechters overgelaten, om de stukken al of niet toe te laten, terwijl hij dit laatste onvoorwaardelijk zou moeten doen, indien òf geen bezwaren worden aangevoerd òf deze ongegrond worden bevonden. Gelijke discretionnaire macht wordt den rechter toegekend, indien aan de verplichting om de stukken over te leggen „zoo laat werd voldaan, dat de wederpartij dien ten gevolge buiten staat is daarop voldoende te antwoorden." Deze woorden van art. 147 § 3 zijn voor het geval dat ons thans bezig houdt zeker niet geschreven, want de partij die de overlegging verlangt, heeft bij niet-voldoening van de wederpartij aan de haar opgelegde verplichting, daarop niet te antwoorden. Die woorden zijn natuurlijk geschreven voor het geval dat bij het tweede lid van art. 147 wordt voorzien, dat nl. eene partij nog nadat de dag voor het houden der pleidooien bepaald is, eenig stuk in het geding brengt. Wanneer intusschen aan de verplichting om het oorspronkelijk stuk over te leggen zóó laat wordt voldaan, dat de partij die het verlangt, geen voldoenden tijd heeft tot vergelijkend onderzoek en tot beraad of zij het stuk als echt kan aanmerken, dat alzoo om de wijze waarop de verplichting wordt nagekomen, de overlegging als niet aan het doel beantwoordende moet worden beschouwd, dan moest ook den rechter niet de bevoegdheid gegeven zijn, om het stuk te kunnen ter zijde leggen, maar hij zou dit moeten doen. De wetgever van 1896 heeft de vordering tot mededeeling van stukken dermate als hoofdzakeijk tot obstructie dienende beschouwd, dat hij niet eens een termijn heeft bepaald, binnen welken aan de verplichting moet voldaan worden. Wanneer nu de wederpartij die stukken noodig heeft voor eene te nemen conclusie of ze alsnog verlangt te zien voor het pleidooi, dan zal die wederpartij voor de door haar

te nemen conclusie waarschijnlijk wel een uitstel bekomen (arg. art. 140) maar als de wederpartij ze noodig had voor het pleidooi, dan kan van uitstel geen sprake zijn, al liet de tot overlegging verplichte partij nauwelijks den tijd om de overgelegde stukken te onderzoeken, daar eerst bij de pleidooien op de hoofdzaak over het niet of niet tijdig voldoen aan de verplichting mag worden geklaagd. Nu eens was gezegd dat van de vordering tot mededeeling van de oorspronkelijke stukken geen incident meer kon worden gemaakt en zij dus daartoe niet meer zou kunnen worden misbruikt, had de wetgever tevens moeten bedenken, dat die mededeeling voortaan niet licht zonder goede redenen zou worden gevraagd en had hij de nakoming der verplichting beter moeten verzekeren en deugdelijker sanctie moeten vaststellen tegen hare niet- of niet-tijdige nakoming. Want de bepalingen der rechtspleging moeten toch de strekking hebben dat de handhaving der in het B. W. toegekende of erkende rechten worde verzekerd, niet dat zij, door de wijze waarop hunne handhaving geregeld is, worden verlamd. Ik zou met het oog op het in art. 1925 B. W. toegekende recht, met het nieuwe middel van art. 147 vrede kunnen hebben, indien het de nakoming der daartegenoverstaande verplichting door eene afdoende sanctie verzekerde.

Wanneer gebruik wordt gemaakt van de bij art. 147 § 2 toegekende bevoegdheid om ook nadat de dag voor het houden der pleidooien reeds bepaald is, eenig stuk in het geding te brengen, dan wordt eene incidenteele procedure over de mededeeling van het oorspronkelijke van zoodanig stuk voorkomen, doordien tegelijk met de mededeeling van het afschrift aan den procureur der tegenpartij, het oorspronkelijk stuk ter griffie nedergelegd of tegen recepis moet overgegeven worden. Zou er nu ook niet in dit geval voldoende reden bestaan om den rechter te *verplichten* het stuk buiten het geding te houden, indien het afschrift wel medegedeeld werd, maar geen nederlegging ter griffie, noch overgifte tegen recepis van het oorspronkelijke stuk heeft plaats gehad of wel indien een en ander zoo laat geschiedde dat de tegenpartij daarop niet voldoende kon antwoorden? Verg. mijne *Adviezen over burgerl. rechtsv.* bl. 42 a. h. e. en v.v.

De verplichting tot afgifte van een *afschrift* van stukken waarop eene partij zich beroept is behouden in art. 133, zoo dit beroep bij de dagvaarding plaats heeft. Voorts legt art. 147 in 't

algemeen aan de partij die zich bij conclusie op eenig stuk beroept de verplichting op daarvan tegelijk met het afschrift harer conclusie, afschrift te geven, tenzij zulks reeds bij de dagvaarding geschied is, of de procureur der wederpartij verklaart geen afschrift te verlangen. Nu zal zeker dit verlangen niet altijd in woorden behoeven te kennen gegeven te worden en zal het voldoende daaruit kunnen blijken, dat de procureur der wederpartij zich over het stuk uitlaat op eene wijze, waaruit blijkt dat het hem bekend is, of dat hij het althans behandelt als ware het in 't geding gebracht. Wanneer evenwel noch het een, noch het ander heeft plaats gehad, gaat het dan aan, den rechter bevoegdheid toe te kennen om zoodanig stuk niet ter zijde te leggen en er bij zijne beslissing wel rekening mede te houden? Art. 147 § 3 laat het toe. M. i. ten onrechte. Verg. Adviezen t. a. p. bl. 47 v.

In Dl. IV, I bl. 241—243 (verg. ook bl. 239) heb ik met de mededeeling van stukken, in art. 148—150 (oud) geregeld, in verband gebracht de vordering tot openlegging van koopmansboeken van art. 12 K., wanneer die openlegging door de tegenpartij verlangd wordt en het beroep op het boek zelf geschiedt, nadat daarvan een uittreksel in het geding was gebracht. Dan moest, meende ik, art. 148 B. R. daarop worden toegepast (verg. bl. 212). De overlegging zelve moest dan evenwel op de in art. 12 aangegeven wijze aan den rechter geschieden. Hieruit volgt dat het nieuw artikel 147 met zijn procureursakte, welke de mededeeling geheel buiten den rechter om doet gaan, niet van toepassing kan zijn. De vordering tot openlegging van koopmansboeken van art. 12 zal incidenteel moeten worden gedaan en dan zal daarop art. 247 van toepassing zijn. In ieder geval moet de overlegging zelve tot een incident aanleiding geven, daar de rechter haar moet bevelen en zij zelfs met zijne medewerking behoort te geschieden.

c. Onderzoek van de echtheid of valschheid van geschriften.

Bij de behandeling van de tot dit onderzoek betrekking hebbende voorbereidende procedure in Dl. IV, 1 § 116 (*) moest natuurlijk

(*) Ik maak van de gelegenheid gebruik om een paar fouten te verbeteren, welke op bl. 267 en 268 zijn ingeslopen.

onderscheid worden gemaakt, of de hoofdzaak gewoon, dan wel summier werd behandeld. Zoo bleek het dat art. 179, met het oog alleen op de gewone behandeling geschreven, in summiere zaken buiten toepassing moest blijven en ook bij de gewone behandeling alleen toegepast kon worden, wanneer er eene wisseling van schrifturen buiten de terechtzitting plaats had. Deze uitlegging van art. 179 had dit bezwaar, dat zij aannam dat de wetgever de zaak op onvolledige wijze had geregeld. Ook zou een op de letterlijke inachtneming van de bepalingen omtrent den vorm gestelde procureur toch kunnen meenen dat, hoe dan ook, altijd en in ieder geval, de meest gereede partij het gerezen geschil bij akte van procureur tot procureur aan 's rechters onderzoek en uitspraak moest onderwerpen. „Het behoeft geen betoog," dus schreef ik op bl. 269, „dat de opheffing van het onderscheid tusschen de summiere en gewone behandeling en de uitsluitende toelating van de eerste, ook hier vereenvoudiging teweeg kan brengen en alle onduidelijkheid doen verdwijnen. Verg. het Ontwerp (1865) in de toelichting van de 10e afd. van tit. I, B. II, bl. 158."

Toen nu de herziening van 1896 o. a. ook de strekking had het bedoelde onderscheid op te heffen en dit door wijziging van de daartoe betrekking hebbende in het wetboek verspreide artikelen in toepassing te brengen, had een artikel, dat alleen aan de gewone behandeling zijne beteekenis ontleende, eenvoudig geschrapt moeten worden. Ten onrechte werd dit verzuimd (zie mijne Adviezen bl. 29). En dit verzuim zal nu dit gevolg hebben, óf dat men art. 179 als eene antiquiteit zal beschouwen en daarom als niet geschreven zal behandelen, (hoedanige behandeling de wetgever allerminst moet uitlokken, omdat hij, dit doende tot allerlei vrijpostigheden en willekeurige bejegeningen kan aanleiding geven) óf dat men uit zekeren eerbied voor de wet, die echter niet anders dan een geveinsde kan wezen, op een of andere wijze met de in het artikel voorgeschreven procureursakte zal gaan knutselen om haar in te voegen in een geding, dat, met conclusien ter audientie geinstrueerd wordende, steeds op de rol blijft en alzoo van beteekeningen vanwege de meest ge-

---

Op bl. 267 regel 19 v. b. behoort in de plaats van te persisteeren bij zijne ontkentenis, gelezen worden: de echtheid van het stuk te willen staande houden. Regel 23 v. b. staat: dit, lees: het verzoek.

Op bl. 268 r. 7. v. b. behoort in de plaats van: daarop niet dat zij het stuk terugneemt, dan zal de andere, gelezen te worden: dat zij dat betwiste stuk wil blijven gebruiken, dan zal zij.

reede partij niet weet. Men zal natuurlijk het door mij, bij de beschrijving der procedure, op bl. 261 en 262, gemaakte onderscheid tusschen gewone en summiere zaken nu niet meer in acht kunnen nemen, maar houdt zich in verband met de voorafgaande opmerkingen thans het best aan hetgeen ik als den loop der procedure voor de summiere behandeling aanwees. Deze kan alleen bij de thans voorgeschreven behandeling van de hoofdzaak doelmatig zijn.

In het geding nà het onderzoek, waarover t. a. p. in § 119 gehandeld wordt, is ook nog die meest gereede partij aan het werk gebleven. Evenzeer ten onrechte. Hier zal men haar evenwel aan het werk kunnen houden, al ligt in haar optreden eene inconsequentie en eene schending van het rolsysteem, die gemakkelijk vermeden had kunnen worden. Zien wij wat daarvan is.

Volgens art. 192 zal, wanneer het onderzoek is afgeloopen, de meest gereede partij de zaak op de rol brengen. Naar de oude lezing moest zij dit doen met beteekening van het procesverbaal. Die beteekening werd, bij de herziening van 1896, naar den regel daarbij omtrent beteekeningen aangenomen, geschrapt. Maar in verband daarmede werd nu uitdrukkelijk bepaald dat de deskundigen hun bericht ter griffie zullen moeten neerleggen en daartoe werd art. 232 opzettelijk toepasselijk verklaard en in de verwijzing van art. 190 opgenomen. Op zichzelf niet kwaad, al is 't niet te ontkennen dat daarmede versterkt werd het gevoelen van hen die uit de uitdrukkelijke aanhaling van sommige artikelen uit de afdeeling van het bericht van deskundigen, argumenteeren zoo gezegd a contrario. Zie daarover Dl. IV, 1, bl. 299 v. Dat dit er niet mee bedoeld is zal bij hen die hier a contrario redeneeren willen, zeker niet veel afdoen. Dat art. 232 bepaalt dat de deskundigen hun bericht ter griffie zullen moeten brengen „binnen den volgens art. 228 bepaalden termijn." Dientengevolge zal de rechter alzoo ook voor het deskundig schriftonderzoek dien termijn bij het procesverbaal van eedsaflegging hebben te bepalen. Bij datzelfde artikel 228 moet de rechter evenwel ook de terechtzitting aanwijzen, bestemd tot de voortzetting na het onderzoek. Deze bepaling had, wilde men bij het onderzoek van deskundigen betreffende geschriften even consequent het rolsysteem handhaven als bij het bericht van deskundigen in het algemeen, ook toepasselijk verklaard moeten worden en dit had men zeer gemakkelijk kunnen doen door art. 192, waarin men toch wat te ver-

beteren had, te vervangen door de bepaling, dat de rechter bij het procesverbaal van eedsaflegging de terechtzitting bepaalt bestemd tot voortzetting van het geding. Want eene eenvoudige toepasselijk verklaring van art. 228, door ook daarnaar in art. 190 te verwijzen, ging niet aan, omdat art. 180 bepaalt dat de deskundigen dadelijk na de eedsaflegging het onderzoek aanvangen en er hier alzoo geen sprake van kan zijn, om, gelijk bij het bericht door deskundigen in het algemeen (zie art. 228), tijd en plaats voor het onderzoek in het procesverbaal van eedsaflegging aan te wijzen.

Dat hier alzoo eene inconsequentie in de wet is gebracht, is, dunkt mij, duidelijk en wil men dat geen misstand noemen, men noeme het eene inelegantie! Maar men kan haar niet goedmaken met de bewering dat de wetgever in 1896 zich daarmede niet verder kon inlaten, omdat er eene geheel bijzondere behandeling voor het onderzoek van de echtheid van geschriften is voorgeschreven! Immers het geldt hier alleen het hier in een bijzonder geval toegepast bericht door deskundigen. Ook is het Ontwerp 1876/77 reeds daarom eene wraakbare autoriteit voor het wetgevend werk van 1896, dewijl dit niet alleen in de bepalingen omtrent het schriftonderzoek maar evenmin in die betreffende het bericht van deskundigen veranderingen wilde maken. Dit laatste deed men in 1896 wèl, de inconsequentie is daarom grooter. Verg. HARTOGH en COSMAN, bl. 90. De slotsom met betrekking tot de wet, gelijk zij nu luidt, is deze dat in de beschrijving, welke ik in § 119 op bl. 301 gaf van het geding nà het onderzoek alleen de woorden voorkomende in den 6^{den} regel van boven: „met beteekening van het bericht'' moeten worden geschrapt.

Aanm. De incidenten waartoe de bewijsvoering bij het bewijs door getuigen, de bekentenis en den eed aanleiding kunnen geven, heb ik in den tweeden druk van Dl. IV, 2, met in achtneming van de wijzigingen, welke de daartoe betrekkelijke bepalingen bij de herziening van 1896 hebben ondergaan, behandeld. Dit betreft voornamelijk de regeling van het getuigenverhoor en die van het verhoor op vraagpunten, welke beide bij art. 353 in hooger beroep toepasselijk worden verklaard. De procedure betreffende de eedsopdracht is niet door de wet geregeld. Er komt daaromtrent in het Wetb. van burg. rechtsv. slechts ééne bepaling voor, die van art. 50, welke het vonnis betreft waarbij een eed wordt

opgelegd. De wijze waarop hier moet worden geprocedeerd, heb ik, in verband met bepalingen van het Burg. Wetb. en die omtrent andere incidenten in het Wetb. v. burg. rechtsv. voorkomende, in §§ 146—148 en 151 uiteengezet. Ik heb er hier niets anders van te zeggen dan dat op gelijke wijze ook in het rechtsgeding in hooger beroep geprocedeerd zal moeten worden. Dat de beslissende eed voor het eerst in hooger beroep kan worden opgedragen lijdt geen twijfel. Art. 1967 § 2 is duidelijk op dit punt en dat de appellant den eed in hooger beroep kan opdragen, al heeft hij geen enkele grief tegen het vonnis aangevoerd, besliste de Hooge Raad terecht op 17 Mei 1894 W. 6505. Door het hooger beroep duurt het geschil met het geding voort en is het alleen de vraag, of in het geschil hetwelk het onderwerp van beslissing in eersten aanleg heeft uitgemaakt, de beslissende eed kan toegelaten worden.

TITEL IV.

DE BESLISSING.

§ 169. HET VONNIS.

De vonnissen door de Gerechtshoven in hooger beroep gewezen, heeten bij uitnemendheid arresten, die van de rechtbanken vonnissen. Benaming.

Reeds wees ik daarop in Dl. II, § 70 3e ed. bl. 171. Dat die benaming in de eerste plaats naar de beteekenis van het woord: arrest, toekomt aan de vonnissen door de Gerechtshoven in hooger beroep gewezen is duidelijk. „Aresta", lees ik bij DUCANGE in v°, „apud Gallos sunt decreta seu Iudicia forensia a superiori iudice, a quo nulla intercedit appellatio lata, cuiusmodi sunt Parlamentorum, quae sic appellata videntur quod post varias ab inferioribus et pedaneis iudicibus de re quapiam latas sententias, litem et controversiam supremo examine et iudicio definiant ac decident; Arrester enim nostris est decernere, statuere." En in het Glossarium van RAGUEAU en DE LAURIÈRE op het woord: Arrest de la cour wordt gezegd: „Senatusconsultum, Scitum et Decretum Senatus. — „C'est le dernier et souverain jugement, auquel il faut se tenir et arrêter, et contre lequel il n'y a voye d'appel: et convient le faire

retracter par Requeste civile ou proposition d'erreur." Het maakt dus niet uit, of nog een buitengewoon rechtsmiddel tegen de uitspraak kan aangewend worden, en zoo kon er ook geen bezwaar zijn om de uitspraken der Hoven in hooger beroep arresten te blijven noemen, niettegenstaande daartegen een beroep in cassatie openstond. Bij ons is daarin verandering gebracht, doordien aan het beroep in cassatie eene schorsende kracht is toegekend. Bij de behandeling van dit punt in de Tweede Kamer, gevoelde dan ook de Tweede Afdeeling bezwaar om te spreken van voorloopige tenuitvoerlegging waar het een arrest gold en las liever „tenuitvoerlegging niettegenstaande cassatie". Zie bij v. D. HONERT op § 398 en Handelingen 1836—37, I, bl. 243. Zie Dl. II, § 70, 3e ed., bl. 172 vv. sub *d*.

Vandaar wellicht dat door den wetgever zelven enkele malen van vonnissen der hoven gesproken wordt, t. z. p. bl. 171 sub *b*. Maar wanneer men in het oog houdt, dat de Hoven in de eerste en voornaamste plaats worden geroepen om in hooger beroep bij arrest uitspraak te doen, zoodat zij de gewone rechter in hooger beroep kunnen genoemd worden, evenals de arrondissementsrechtbanken de gewone rechters zijn in eersten aanleg, zoo staat ook met dat rechtspreken bij arrest hun aanzien in de rechterlijke hierarchie in verband en krijgen daarom tevens hunne uitspraken, maar dan ook die in eersten aanleg onder hooger beroep gewezen, denzelfden naam van arresten; niet omdat de Hoven ze in hooger beroep, maar omdat die hoogere rechter ze gewezen heeft. Zoo blijven de uitspraken, welke arrondissementsrechtbanken, hetzij in hooger beroep of in eersten aanleg zonder hooger beroep wijzen, evenals die van de kantonrechters, waarvan geen hooger beroep is, vonnissen heeten, al zijn ze even goed arresten als die van de Hoven in het hoogste ressort gewezen. En zoo konden ook de uitspraken van den H. Raad, welke dan ook, niet anders dan arresten genoemd worden.

Toepasselijke bepalingen.

De bepalingen der wet over de vonnissen zijn, als opgenomen in den Algemeenen titel, op alle vonnissen alzoo ook op die in hooger beroep van toepassing.

Ik heb de hiertoe betrekkelijke bepalingen besproken in Afd. III van Hoofdstuk VI, §§ 70—75, Dl. II, 3 ed. bl. 168 vv. Wat omtrent het vonnis bij verstek (§ 72) nog te zeggen viel, heb ik bij de

behandeling van het middel van verzet aangeteekend. Met opzicht tot de in § 73 behandelde, voorloopige tenuitvoerlegging, heb ik de gelegenheid gehad tot eene nadere bespreking in § 164 sub 1, hierboven. Ik heb hier niet anders dan eenige opmerkingen te maken betrekkelijk het vonnis zelf en de in §§ 74 en 75 behandelde onderwerpen: de kosten en het armenrecht.

Wat den inhoud van het vonnis betreft, ook in hooger beroep behoort die te voldoen aan wat art. 59 daaromtrent in het algemeen voorschrijft. Bij de uiteenzetting der gronden, zoo wat de daadzaken als het rechtspunt betreft, bestaat in hooger beroep niet minder dan in eersten aanleg tot breedsprakigheid aanleiding, doch zij behoort hier evenzeer vermeden te worden. Wat de feiten aangaat, houden de rechters in hooger beroep zich terecht, zelfs door verwijzing, aan de overwegingen daaromtrent in het door den eersten rechter gewezen vonnis opgenomen. Doch al te dikwijls worden ook in hooger beroep onder de feiten begrepen, wat men „de gevoerde procedures" noemt en daarmede, zonder eenig nut of noodzaak, de inhoud van het vonnis uitgerekt.

Moet ieder vonnis eene beslissing inhouden, de inhoud daarvan zal in 't algemeen geheel afhangen van de vraag of een eisch wordt ontzegd of toegewezen, eene niet-ontvankelijkverklaring toe- of afgewezen wordt. Daarvoor zijn wel gebruikelijke termen, doch voorgeschreven is daaromtrent niets. In hooger beroep zal, bij bevestiging van het vonnis, hetwelk de toewijzing van een eisch bevat, de inhoud van den eisch zelven niet vermeld worden noch van de toewijzing van den eisch sprake zijn en eenvoudig op de slotoverweging dat er goed is gevonnist en kwalijk geappelleerd, de bevestiging van het vonnis worden uitgesproken, met of zonder uitdrukking van het daarin begrepen bevel dat het „volkomen effect zal sorteeren." En dit is ook geheel voldoende, aangezien, volgens art. 354, indien het vonnis is bekrachtigd, dat vonnis wordt ten uitvoergelegd en wel bij den rechter die het heeft gewezen.

In onze rechtspraak, gedurende de heerschappij der fransche wetgeving en ook nà 1838, waren de rechters gewoon om, hetzij bij bevestiging, hetzij bij tenietdoening van een vonnis, ook het appèl te vernietigen. In eene verhandeling opgenomen in het Tijdschrift voor Ned. Recht van Mrs. OUDEMAN en DIEPHUIS Dl. II (1869) bl. 74—96 werd evenwel door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING aangetoond dat, hoezeer die formule historisch wel was te verkla-

ren, die historische beteekenis juist „hare overbodigheid, onbeduidendheid en zinloosheid" voor de tegenwoordige rechtspraak aanwijst. Ik ben het volkomen met den geleerden schrijver eens dat zelfs, al is dergelijke formule onschadelijk in hare beteekenis voor de gevoerde gedingen, zij behoort vermeden te worden, omdat haar behoud niettegenstaande hare ondeugdelijkheid den sleur kan voeden en traditie en superstitie bevorderen in de gerechtspraktijk, waar deze toch reeds een al te grooten en ook een schadelijken invloed uitoefenen. Toch wil het mij voorkomen dat er ook thans nog wel eenige beteekenis aan de gewraakte formule te geven is. Wanneer nl. het vonnis bevestigd wordt, dan reeds is het op zichzelf niet zoo vreemd dat het appèl dat ongegrond blijkt, te niet gedaan wordt. Maar als men in het oog houdt dat het appèl de tenuitvoerlegging van het vonnis schorst en de rechter in hooger beroep het vonnis bevestigt, dan is het zelfs niet irrationeel, dat de rechter begint met het appèl, en daarmede zijn gevolg: de schorsing der ten uitvoerlegging, te vernietigen en dat hij alzoo niet het door het appèl verzwakte vonnis bevestigt, maar dat vonnis eerst in zijn primitieve kracht herstelt door het appèl, de oorzaak der verzwakking, te vernietigen en dan het vonnis te bevestigen. Wordt evenwel het vonnis vernietigd en daardoor verklaard dat er terecht werd geappelleerd, dan heeft het geen zin dat appèl te vernietigen, omdat het de tenuitvoerlegging van het vonnis schorste, want die schorsing wordt door de vernietiging van het vonnis zelf opgeheven.

Wanneer voorts het vonnis in eersten aanleg voorloopig uitvoerbaar werd verklaard, dan valt er bij de bevestiging van het vonnis geen schorsende kracht van het appèl ten aanzien van het vonnis op te heffen. Doch men behoeft niet alleen op die schorsende kracht van het appèl te letten. Ook zonder dat maakt het appèl, dat alles wat daarbij beslist was, weer op losse schroeven wordt gesteld, want, hetzij de ingestelde eisch werd ontzegd of toegewezen, het vonnis is nu geen waarheid meer tusschen partijen. „Quia sententia per appellationem suspensa causa adhuc durare dicitur," zooals GAIL zegt, Obss. Lib. I obs. 70 n°. 4, waarbij hij zich o. a. beroept op „Baldus dicens quod appellatio principalis solvat sententiam et in omnibus aperiat viam quibus sententia gravamen intulit." Als derhalve het appèl niet alleen de bindende kracht van het vonnis losmaakt, maar de waarheid daarvan doet vervallen, dan zou de rechter een dus wankelend vonnis in dien wankelenden toestand bevestigen

en wil hij het vernietigen, niet behoeven te vernietigen, wat reeds door het appèl niet meer bindend is. Hij moet dus eerst het gevolg van het appèl opheffen om dan het vonnis in zijn oorspronkelijken toestand te kunnen bevestigen of vernietigen. Ofschoon ik nu de noodzakelijkheid van de gewraakte formule niet verdedig en, als zij achterwege gelaten wordt, de zaak zelve reeds met het oog op art. 354 § 1 geen gevaar loopt, zoo zou toch het gebruik van de formule niet incorrect mogen heeten. Dat overigens eene zelfde formule onder veranderde omstandigheden met eene geheel andere beteekenis voortleeft, is volstrekt geen ongewoon verschijnsel.

Ten slotte vereenig ik mij geheel met de meening door Mr. CONINCK LIEFSTING aan het slot van zijne verhandeling geuit dat de meest gepaste en minst aanmatigende vorm van vernietiging in appèl eenvoudig deze is: de rechtbank of het Hof recht doende op het appèl, vernietigt het vonnis en opnieuw rechtdoende, enz." terwijl de vorm van bekrachtiging in het dictum niet anders vereisch dan: „recht doende op het appèl bekrachtigt het vonnis." Wanneer daar dan gewoonlijk wordt bijgevoegd „en verstaat dat het volkomen effect zal sorteeren" (liever: volkomen gevolg zal hebben), dan wordt daarmede meteen de verzwakking, welke het vonnis in zijne uitvoerbaarheid onderging, weggenomen.

Wanneer slechts gedeeltelijk van een vonnis werd geappelleerd, is het oordeel des hoogeren rechters beperkt tot dat gedeelte van het vonnis, waarvan hooger beroep werd ingesteld, maar ook daar waar het hooger beroep onbeperkt werd ingesteld, kan de hoogere rechter het vonnis op enkele punten bevestigen, op andere verbeteren. Bij een gedeeltelijk appèl staat de daaruit volgende berusting in het overige gedeelte aan het oordeel van den hoogeren rechter hierover in den weg.

Het vonnis in hooger beroep kan in het bijzonder eene uitspraak bevatten, waarbij de rechter, hetzij ambtshalve, hetzij op de vordering van de partij, de berechting van de hoofdzaak tot zich trekt, indien een interlocutoir vonnis of een vonnis op een incident bekrachtigd of ook vernietigd wordt naar de bepalingen van artt. 355, 357 en 358, of ook, waarbij de hoogere rechter de zaak naar den lageren rechter verwijst. Zie hierboven § 162 onder E bl. 131.

§ 170. BIJZONDERE PUNTEN.

Twee bijzondere punten van den inhoud van het vonnis, nl. de uitvoerbaarverklaring van het vonnis bij voorraad en de uitspraak over de kosten, behandelde ik in Dl. II § 73 en 74, aan het laatste onderwerp, in § 75, het armenrecht vastknoopende.

Over een en ander een enkel woord in deze §.

Uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

I. De bepalingen omtrent de gevallen waarin de uitvoerbaarverklaring van de vonnissen bij voorraad moet of mag worden uitgesproken, zijn ook op de vonnissen in hooger beroep gewezen van toepassing, aangezien ook het beroep in cassatie de uitvoering van het in hooger beroep gewezen vonnis schorst. Art 398 § 3.

Artt. 52 en 53, ofschoon in den algemeenen titel, in de afdeeling, „van de vonnissen in het algemeen opgenomen", zijn, blijkens den aanhef van die bepalingen, alleen op de vonnissen in eersten aanleg van toepassing, daar zij alleen het bevel van voorloopige tenuitvoerlegging kennen, niettegenstaande verzet of hooger beroep. Men was het bij de vaststelling dier bepalingen nog niet eens, of ook aan het beroep in cassatie een schorsende macht zou worden toegekend. Dit punt werd bij de behandeling van de procedure in cassatie beslist en zoo bevat dan het eerste artikel van den daartoe betrekkelijken titel een voorschrift voor den rechter in eersten aanleg in het hoogste ressort rechtsprekende en voor den rechter in hooger beroep om, overeenkomstig de artt. 52 en 53, hunne vonnissen of arresten voorloopig uitvoerbaar te verklaren, terwijl, zonder dat bevel, het beroep in cassatie dat er tegen wordt ingesteld eene schorsende kracht heeft. De Hooge Raad kan niet, als de rechter in hooger beroep, het ten onrechte niet bij voorraad uitvoerbaar verklaarde vonnis alsnog bij voorraad uitvoerbaar verklaren, omdat art. 398 § 4 uitdrukkelijk de schorsende kracht beperkt tot de gevallen waarin de rechter, d. i. de rechter die in het hoogste ressort rechtsprak, de voorloopige tenuitvoerlegging heeft bevolen, en dan ook art. 351 niet toepasselijk verklaard is. Daarin ligt dan zeker de middenweg waarop de Heer de JONGE doelde bij de beraadslagingen. Verslag der Handelingen 1836/1837 I, bl. 111. Mocht evenwel de tenuitvoerlegging bij voorraad bevolen zijn, buiten de gevallen bij de wet bepaald, dan kan dit een grond tot cassatie opleveren en dan zal, opdat dit middel gevolg kunne hebben,

art. 352, ofschoon het in cassatie evenmin als art. 351 toepasselijk werd verklaard, bij analogie toegepast kunnen worden. De discussie over de vraag of eene voorloopige tenuitvoerlegging niettegenstaande cassatie moet toegelaten worden, m. a. w. of het beroep in cassatie eene schorsende kracht zou hebben, zie bij v. D. HONERT op § 398 en in Verslag der Handelingen der S.G. 1836—1837 I, bl. 101, 110, 111, 230, 237, 243, 247, 249, 257.

Wat de gevallen betreft waarin een vonnis bij voorraad uitvoerbaar kan worden verklaard en de in de daartoe betrekkelijke bepalingen gebrachte wijzigingen, bevat die van art. 52 in n°. 2 opgenomen, zeker eene verduidelijking van de oude wet. Zij stemt overeen met den zin, welken ik meende aan de oude bepaling te moeten geven, maar welks betwistbaarheid niet kan worden ontkend. Dl. II, bl. 225 3e ed. Min correct beriep ik mij daar op het „wie zwijgt waar spreken plicht was." Beter is het in dergelijke gevallen te zeggen, dat de rechter het stuk als erkend behandelt omdat de gedaagde het geschrift niet ontkende en dat alleen in die ontkentenis voor den eischer aanleiding zou bestaan om het bewijs der echtheid te leveren.

Wat de wijziging in art. 53 onder n°. 7 aangaat, verwijs ik naar § 164 sub I. Overigens kan ik, wat het onderwerp der tenuitvoerlegging bij voorraad betreft, mij bepalen tot hetgeen ik daarover in Dl. II, § 73 heb gezegd.

II. De bepalingen omtrent de uitspraak over de kosten zijn in alle instantiën toepasselijk, daarom terecht in den algemeenen titel opgenomen. Uitspraak over de kosten.

Voor de toepassing dier bepalingen (art. 56 en 57), welke bij de herziening van 1896 geene verandering hebben ondergaan, verwijs ik naar Dl. II § 74.

Ook zijn de bepalingen omtrent het armenrecht, in de 10de afd. van tit. VI van het IIIe Boek van het wetboek voorkomende, op de rechtspraak bij alle gerechten toepasselijk.

Hierbij heb ik slechts te wijzen op de bepalingen, welke sedert de laatste uitgave van het IIe Dl. van dit werk verandering hebben ondergaan, daar overigens de inhoud van § 75 ook voor het hooger beroep kan worden geraadpleegd. Het is toch uit den geheelen inhoud van de aangehaalde 10e afd. van tit. VI duidelijk, dat de rechter het armen-

recht slechts toestaat of weigert voor de instantie van het geding, waarin hij de zaak te beoordeelen heeft. Al zoude men de woorden van art. 855, waar het spreekt van de rechter, „bij wien het rechtsgeding (of geschil?) moet worden aangevangen of hangende is," in dien zin kunnen duiden dat de rechter van den eersten aanleg voor het geheele geding armenrecht verleent of weigert, omdat in het hooger beroep en zelfs in de cassatie niet anders dan de voortzetting van het in eersten aanleg aangevangen geding plaats heeft, zoo moet toch de inhoud der geheele afdeeling, in verband met de beperkte macht van ieder gerecht en de gronden waarop het armenrecht wordt toegestaan of geweigerd, tot de onjuistheid dier letterlijke opvatting doen besluiten. Het ware toch nauwlijks aan te nemen, dat de wetgever zoo opzettelijk van Hof of rechtbank zou spreken, indien de aanvraag om armenrecht alleen voor de exceptioneele gevallen, dat de zaak in eersten aanleg bij Hof of Hoogen Raad diende, bij een Hof (de Hooge Raad daaronder begrepen) zou kunnen voorkomen, of dat de toelating tot kostelooze procedure niet zou kunnen worden gevraagd, indien zij niet in eersten aanleg gevraagd ware. Nog minder ware het aan te nemen, dat de lagere rechter zou beslissen over de bevoegdheid van partijen ook voor de verdere instantiën van het geding, en dat de toelating of weigering van armenrecht in eersten aanleg zou moeten doen aannemen, dat zij ook in later instantiën toegelaten of geweigerd zou moeten worden, als stond ook voor dien tijd het onvermogen of niet bestaan van onvermogen, de ongegrondheid van vordering of verdediging vast! De letter van art. 872 vordert dan ook de gewraakte uitlegging geenszins. Want, al wordt er van het rechtsgeding gesproken, het is hier vooral om de aanwijzing van den rechter te doen en met deze kan, in het verband waarin hier van hem gesproken wordt, geen andere bedoeld zijn dan de rechter die, en voorzoover als hij het geding te behandelen heeft. Daarmede staat, dunkt mij, de uitsluiting van het hooger beroep van uitspraken over de toelating in art. 875 in verband.

Met opzicht tot de personen aan wie armenrecht verleend kan worden, neemt art. 14 van de internationale overeenkomst van 14 November 1896, goedgekeurd bij de wet van 31 Dec. 1897 *Stbl.* n°. 275, het beginsel van gelijkstelling van vreemdelingen met Nederlanders aan, natuurlijk voor die Staten alleen, welke tot de overeenkomst zijn toegetreden. Ook vreemdelingen die hier geen verblijf houden kunnen dus armenrecht bekomen. Maar in verband

met gezegd artikel wordt nu bij een daartoe, onder dagteekening van 14 April ingediend voorstel van wet, aan art. 858 in verband met art. 855 § 2 eene bepaling toegevoegd houdende de wijze waarop van het onvermogen van den hier te lande geen woonplaats hebbenden vreemdeling zal moeten blijken. Daartoe wordt dan verlangd een door een Nederlandsch diplomatiek of consulair ambtenaar gelegaliseerd bewijs, afgegeven door, of eene eveneens gelegaliseerde verklaring afgelegd voor, de bevoegde autoriteiten van het land, waar de vreemdeling zijne gewone verblijfplaats heeft of bij gebreke van dien werkelijk verblijft." En als hij hier te lande verblijft zonder hier woonplaats te hebben?

De omvang van het armenrecht werd bij de wet van 1896 uitgebreid, in zoover als bij art. 872 in een tweede lid is bepaald dat aan behoeftigen ook vergunning kan worden verleend tot het kosteloos tenuitvoerleggen van rechterlijke beschikkingen en executeeren van grossen. Met deze laatste bepaling (over de rechterlijke beschikkingen handel ik in Dl. II niet) wordt in verband met art. 431 en 436 bedoeld het tenuitvoerleggen van grossen van vonnissen en authentieke akten. Bij deze aanvulling schijnt uitsluitend op het belang van den onvermogende gelet en achtte men zelfs het hooren van de wederpartij ongepast, omdat dit alweder voor den onvermogende schadelijk zou kunnen werken. Dat er onder de oude wet van eene vergunning tot kostelooze executie geen sprake mocht zijn, is mij steeds onbetwistbaar voorgekomen. Ook meende ik dat uit de vergunning om kosteloos te procedeeren niet voortvloeit het vonnis kosteloos ten uitvoer te leggen. Zie Dl. II, bl. 259, 3[e] ed. Wil men voortaan eene authentieke akte kosteloos tenuitvoerleggen, dit zal niet anders dan met eene vergunning als in art. 872 § 2 bedoeld kunnen plaats hebben. Ook voor de kostelooze tenuitvoerlegging van een vonnis kan zeker volgens art. 872 § 2 vergunning gevraagd worden. Maar is 't noodig, als het vonnis op eene toelating tot kosteloos procedeeren verkregen wordt? Dit wordt door het nieuwe artikel niet uitgemaakt.

AFDEELING III.

REVISIE.

Wetb. v. B. R. B. I, tit. VIII, artt. 359—375. W. 1830, artt. 299—320. Verg. wetboek van 1799, tit. VIII, art. 315 vv. en de Instructie voor de departementale Gerechtshoven art. 220 vv., Wetboek van 1809 artt. 917 vv.

§ 171. HET MIDDEL.

Wat revisie is.

Revisie is het middel, waarmede, tot handhaving van het beginsel van twee instantiën ten aanzien van arresten door den Hoogen Raad, het Opperste Gerechtshof, in eersten aanleg gewezen, een, zoo goed als kwaad nagemaakt, hooger beroep tegen die arresten gegeven wordt.

Tot het wezen van hooger beroep, zooals dit door onzen wetgever werd opgevat en in toepassing gebracht, behoort, gelijk ons dit in de vorige afdeeling is gebleken, een hernieuwd onderzoek van de zaak bij eene beoordeeling daarvan door den hoogeren rechter. Daardoor is het hooger beroep uitteraard niet toe te passen op arresten van het Opperste Gerechtshof. Toch werd ook ten aanzien van die arresten een herhaald onderzoek, als waartoe het hooger beroep de gelegenheid geeft, wenschelijk geacht. Men kon, om bovenvermelde reden, aan het daartoe strekkende middel den naam van hooger beroep niet geven en koos dien van revisie. Aan dien naam knoopte zich de herinnering vast aan een vroeger hier te lande bekend rechtsmiddel, dat in zijn wezen echter geheel van het hooger beroep onderscheiden was. Het vooroordeel uit dat woord revisie geboren, gaf nu aanleiding tot de dwaling, dat ook nu de revisie in zijn wezen van het hooger beroep moest verschillen en, om dit te kunnen zeggen, stelde men zich niet tevreden daarmede dat de revisie niet bij een hoogeren rechter maar niet anders dan bij hetzelfde rechterlijk college moest worden behandeld, maar dat het ook op de oude revisie moest gelijken en daarom aan dezelfde rechters, die in eersten aanleg hadden geoordeeld, na hun enkele andere te hebben toegevoegd, moest worden opgedragen. Het wekt verbazing, hoe men zich over dat wezen der revisie, als door dezelfde rechters te beoordeelen, bij de beraadslagingen in de Tweede Kamer warm heeft gemaakt en hoe men zelfs, om dit te verdedigen, het middel van

revisie, als ook naar zijn inhoud in wezen van het hooger beroep onderscheiden, heeft voorgesteld. Dat daaruit eene hybridische instelling moest voortkomen was te verwachten. Zeer juist merkte de Regeering in de Memorie van Toelichting van haar voorstel tot herziening van den achtsten titel (wet van 10 Mei 1837 n°. 32) op, dat de wet op de R. O. niet bedoeld heeft de oude revisie in derzelver geheele beteekenis .... maar eene revisie de plaats vervangende van het hooger beroep in de gevallen waarin de toegang tot een hoogeren rechter niet mogelijk is." Maar zij moest in verband met de stemming in de Kamer toch toegeven dat beoordeeling der zaak door dezelfde rechters, met enkele adjunct-reviseurs, zooals die vroeger heetten, tot het wezen der instelling behoorde, zóó zelfs dat zij daarin herhaaldelijk het zwaartepunt legde. „De revisie is derhalve ook nu in haar wezen onderscheiden van appèl; alle andere vragen zijn van ondergeschikten aard."

Dat er toch aan dat wezenlijk onderscheid en dien ondergeschikten aard van de andere vragen wat haperde, kon niet duidelijker blijken dan uit hetgeen daar verder in de Memorie van Toelichting volgde: „Men heeft begrepen dat, het voornaam kenmerk van onderscheid tusschen appèl en revisie, het reviseeren namelijk der zaak door dezelfde rechters, behoudende, de behandeling der in revisie gebrachte zaak voor het overige moest gelijk staan met die in het gewone hooger beroep. Hieruit volgt dan van zelf, dat in de onderwerpelijke revisie alle middelen kunnen worden gebezigd, waarvan in het gewone hooger beroep mag worden gebruik gemaakt en dat met name nieuwe gronden en bewijzen zoowel feitelijk als rechterlijk kunnen worden aangevoerd." De Regeering zag over het hoofd dat, als het middel in zichzelf van het hooger beroep niet verschilde, het ook voor zijne efficaciteit zooveel mogelijk aan het hooger beroep had moeten worden gelijk gemaakt; dat zeker de opdracht aan een hoogeren rechter hier niet mogelijk was; dat onze wet wel de opdracht aan een hoogeren rechter tot het wezen van hooger beroep had gemaakt, maar dat daaruit alleen volgt dat waar een hoogere rechter ontbreekt, het middel niet meer den naam van hooger beroep dragen kan. Zal het nu in zijn efficaciteit ook op het hooger beroep gelijken, dan moeten zooveel mogelijk, andere rechters, zij het uit hetzelfde college, met de revisie belast worden. Daarentegen zeide de Regeering in hare Mem. v. Antw. bij v. D. HONERT, bl. 412 dat revisie een geheel ander middel is dan een appèl;

dat het een herziening is eener uitspraak door dezelfde rechters. Zij vergat dat zij de revisie dat karakter, als ware het daaraan onafscheidelijk verbonden, gegeven had en deed alsof zij niet bemerkte zich hier aan een schromelijke petitio principii schuldig te maken. Maar deze beschouwing stemt overeen met de redenen die men aanvoerde voor het forum privilegiatum van art. 87 (oud) R. O. waarbij meer onoordeelkundige nabootsing van een oude instelling dan beginsel valt op te merken. Verg. Dl. I, bl. 411.

In welke gevallen?

Na de wet van 22 Juni 1893 n°. 93, waarbij art. 87 van de wet op de rechterlijke organisatie werd ingetrokken, is de rechtspraak van den Hoogen Raad in den eersten aanleg beperkt geworden tot de geschillen betreffende prijzen en buit die te water worden achterhaald en opgebracht, alsmede de geschillen welke deswege tusschen de nemers onderling ontstaan. Art. 89 R. O.

Het belangrijkste deel van de rechtspraak des Hoogen Raads in eersten aanleg betrof de in art. 87 der wet op de R. O. vermelde rechtsvorderingen tegen den Koning en de leden van het Koninklijk huis en tegen den Staat. Daarbij kon de revisie in toepassing komen in zoover art. 360 B. R. deze toeliet. Want de opdracht van deze gedingen bij de wet op de R. O. in eersten aanleg was daartoe niet voldoende. De zaken werden voor revisie eerst vatbaar, wanneer zij gelijk stonden met die, welke, voor de provinciale gerechtshoven in eersten aanleg aangelegd zijnde, door dezelve niet in het hoogste ressort zouden zijn beslist. Met de opheffing van de rechtspraak in eersten aanleg door de Hoven, in zaken de provincie betreffende, werd, bij de wet van 1876 n°. 86, bepaald dat revisie niet toegelaten zou zijn, in die zaken, waarin, zoo zij voor den gewonen rechter gebracht hadden kunnen worden, door dezen in het hoogste ressort zou zijn beslist. Zoo was en bleef de toelating van revisie voor de in art. 87 vermelde zaken afhankelijk van de bepalingen omtrent het hooger beroep van de aan de rechtbanken ter kennisneming opgedragen zaken overeenkomstig art. 53—55 R. O.

Ten aanzien van jurisdictiegeschillen, die ook bij den H. Raad in eersten aanleg kunnen komen, is de al of niet-uitsluiting der revisie aan twijfel onderhevig geworden door de bepaling van art. 360, zooals die na de herziening van 1876 luidt. Mij komt voor dat zij uitgesloten is. Zie Dl. I, bl. 413.

De vraag of revisie tegen eene uitspraak van den Hoogen Raad betreffende rechtsweigering ware toegelaten, ook naar art. 846 weinig twijfelachtig, werd in ontkennenden zin uitgemaakt in het straks aangehaalde art. 360 bij de herziening van 1876. En zoo sluit ook art. 42 de revisie uit van eene uitspraak in zake van wraking eens rechters, welke, naar aanleiding van art. 33, ook bij den Hoogen Raad in eersten aanleg kan voorkomen.

Bij geschillen over prijzen en buit is de revisie op grond van art. 360 afhankelijk van het bedrag der vordering. Of dit juist gezien is, valt te betwijfelen. De wetgever van 1861 begreep het anders. In de wet op de nieuwe rechterlijke inrichting van dat jaar werd, bij art. 73, de revisie in alle gevallen toegelaten. Zij zou ook in alle gevallen hier uitgesloten kunnen worden. Want de reden waarom revisie werd noodig geacht, omdat anders de geprivilegieerde vorderingen door dit privilegie eene instantie zouden missen, geldt hier niet. Was bij die geprivilegieerde vorderingen de rechtspraak van den Hoogen Raad eene exceptioneele, hier hebben we met eene bijzondere rechtsmacht te doen. Die vorderingen in zake van prijzen en buit behooren toch niet uit haren aard bij den gewonen rechter. Zie Dl. I, bl. 412. Hoe dit zij, ik geloof in Dl. I, bl. 414 met recht gezegd te hebben: „de intrekking van art. 87 zal ten gevolge hebben dat het in zichzelf weinig deugdelijk middel van revisie nagenoeg geheel buiten toepassing geraakt."

Het loont dan ook inderdaad de moeite niet om het rechtsmiddel van revisie, dat zoo goed als niet in toepassing komt, aan een behandeling in zijne bijzonderheden te onderwerpen. Gelezen zou zeer zeker dit gedeelte van mijn werk niet worden. Ik bepaal mij tot eene verklarende omschrijving der bepalingen van de wet.

§ 172. RECHTSPLEGING.

Samenstelling van het college.

Van den eisch tot revisie wordt kennis genomen door den Hoogen Raad. Hij is daarvoor samengesteld uit elf leden, de President of de raadsheer die hem vervangt, hetzij Vice-president of oudste lid, daaronder begrepen. (Wanneer art. 78 Regl. I, a. h. e. bepaalt dat de President steeds in revisie het voorzitterschap bekleedt, dan slaat dit terug op art. 77, hetwelk voorschrijft dat de President in de eene, de Vicepresident in de andere kamer het voorzitterschap waarneemt en der-

halve beide niet in dezelfde kamer zitten. In dien zin moet in revisie altijd de President het voorzitterschap bekleeden, maar het is niet de bedoeling, al ware deze geoorloofd, om aan art. 7 R. O. te derogeeren. (Zie ook nog art. 368.) Die elf leden zijn de zeven leden welke van de zaak in eersten aanleg hebben kennis genomen en de vier oudste leden welke geen geldige reden van verhindering mochten hebben.

Mochten van de zeven een of meer door overlijden, wraking uit eene oorzaak na het in eersten aanleg gewezen arrest ontstaan, of eenige andere geldige reden verhinderd worden zitting te nemen, dan worden de ontbrekenden door de oudste raadsheeren vervangen.

Verzoekschrift tot dagvaarden.

De partij welke in revisie wil komen moet, alvorens hare wederpartij te doen dagvaarden, haar voornemen daartoe te kennen geven in een aan den Hoogen Raad gericht verzoekschrift, waarbij zij bepaling vraagt van eenen dag tegen welken zij, met inachtneming der termijnen voor de dagvaardingen voorgeschreven, de wederpartij kan doen dagvaarden. Want voor de revisie zijn de gewone zittingen van den Hoogen Raad niet bestemd en moet er gezorgd worden voor de samenstelling van het college op de straks vermelde wijze. Daarom kan er ook in den door den Hoogen Raad aangewezen dag door den verweerder geen verandering worden gebracht en is het zg. recht van anticipatie hier uitgesloten. Art. 362.

Anticipatie uitgesloten.

Zonder middelen.

De dagvaarding in revisie behoeft evenmin als de dagvaarding in hooger beroep de middelen te bevatten, behalve ten aanzien van eene nieuwe vordering welke zij mocht inhouden. Ook omtrent de afschriften van stukken geldt wat daaromtrent voor de dagvaarding in hooger beroep bepaald is. Art. 361 j°. 343.

Incidenteele revisie is evenals incidenteel beroep toegelaten. Art. 361 j°. 339.

Voeren der dingtalen.

Raden-commissarissen.

Bij de op het verzoekschrift zelf gestelde beschikking (eenvoudig appointement) benoemt de Hooge Raad twee raden-commissarissen ter wier overstaan de dingtalen, die anders ter terechtzitting van het college zouden worden genomen, gevoerd moeten worden.

Voordat de dingtalen worden gevoerd, wordt door den verweerder procureur gesteld ter terechtzitting van raden-commissarissen overeenkomstig art. 137 j[is]. 365 en 364. Procureurstelling.

Die dingtalen bestaan in conclusiën als waarvan bij het rechtsgeding in eersten aanleg in de artt. 140—143 gehandeld wordt. Ofschoon met reden had kunnen verwacht worden dat de wetgever voor de wisseling dezer dingtalen de bepaling van art. 347 wilde in acht genomen hebben, dewijl hier ook in dit opzicht volkomen analogie met het hooger beroep bestaat, zoo is deze bepaling evenwel door art. 364 buiten toepassing verklaard en moet volgens art. 365 het geding, behoudens de gemaakte uitzonderingen, als in eersten aanleg behandeld worden. Waarin bestaan de dingtalen?

Ook in revisie geldt de regel, dat de exceptiën met het antwoord ten principale worden vereenigd en zal, alleen wanneer op de terechtzitting voor raden-commissarissen eenig voorloopig verzoek wordt gedaan of eene exceptie wordt voorgesteld of eenig incident opkomt, hetwelk eene rechterlijke beslissing vordert, zoodanig geschil voor raden-commissarissen worden voldongen, terwijl partijen daarna tot het houden der pleidooien naar de terechtzitting van het college worden verwezen. Art. 366. Voorloopige verzoeken, exceptiën, incidenten.

Op dezelfde wijze heeft het voldingen van de zaak ten principale, d.w.z. het wisselen der dingtalen of conclusiën op de hoofdzaak voor raden-commissarissen, plaats. Art. 367. Hoofdzaak.

Daar de dag, waarop partijen voor raden-commissarissen moeten verschijnen, door den Hoogen Raad is bepaald en partijen verder door raden-commissarissen naar de terechtzitting worden verwezen, heeft de eischer aan het college geen kennis te geven, dat hij de zaak heeft aangebracht en vervalt alzoo elke inschrijving ter rolle, al werd deze, evenals de hier vervallende anticipatie, in art. 364 door de aanhaling van art. 353 toepasselijk verklaard. Voor de zaken in revisie wordt overigens een afzonderlijke rol gehouden. Art. 76 n°. 4 Regl. I. Geen inschrijving ter rolle.

Conclusiën ter terechtzitting.

Op de terechtzitting van het college, wordt vóór den aanvang der pleidooien, de slotsom der bij raden-commissarissen genomen conclusiën voorgedragen.

Raadsheer-rapporteur.

Een der raden-commissarissen, te wier overstaan het geding gevoerd is, geeft daarvan een kort verslag. (Wanneer dit verslag datgene bevat wat het behoort te bevatten, is de voorlezing van de slotsom der conclusiën die op zich zelve toch niets geeft, eene ijdele formaliteit welker vervulling geschikt ware om stoornis in den gang der zaak te brengen indien zij daartoe niet te kort duurde.) Art. 370.

Verstek.

Conclusiën tot verleenen van verstek worden voor raden-commissarissen genomen, waarop de zaak door dezen naar de terechtzitting van het college wordt verwezen, ten einde, nadat de verschenen partij aldaar hare conclusie zal hebben voorgedragen en deze desnoods bij pleidooi is toegelicht, door het college daarop uitspraak worde gedaan, tenzij de wederpartij vóór die uitspraak alsnog verschijne, daarbij gebruik makende van de bevoegdheid haar bij art. 89*a* toegekend.

De Hooge Raad doet geen uitspraak dat nadat het Openbaar Ministerie in zijne conclusie is gehoord. Art. 324 n°. 9.

Onbevoegdheid.

Een geschil over onbevoegdheid van den eersten rechter is ook voor revisie vatbaar al was de zaak zelve dit niet. Art. 361 j°. 333.

Bij verstek veroordeelde in revisie.

Oordeelde de Hooge Raad in eersten aanleg bij verstek, dan vervalt het middel van revisie voor den veroordeelden verweerder, doch de oorspronkelijke eischer kan van het middel gebruik maken en dientengevolge kan ook dan de bij verstek veroordeelde verweerder zijne verdediging in revisie voordragen. Aan de van meer partijen achtergeblevene partij komt het middel van revisie toe onder de voorwaarde bij art. 335 § 2 gesteld. Art. 361 j°. 335.

Incidenteele vonnissen.

Ten aanzien van preparatoire, interlocutoire en andere incidenteele vonnissen in eersten aanleg gewezen, gelden evenals voor de vonnissen, waarbij eene provisie wordt toegestaan of geweigerd, de bepalingen omtrent het hooger beroep van artt. 336 en 337. Art. 361.

De berusting in het vonnis brengt verval van revisie mede. Art. 361 jo. 334. Berusting.

Ook de bepalingen omtrent de termijnen van hooger beroep moeten bij de revisie worden opgevolgd. Art. 361 j^is 339—342. Termijnen.

Het instellen van een nieuwen eisch is in de revisie niet anders toegelaten dan in hooger beroep; ook omtrent het inbrengen van nieuwe weren gelden dezelfde bepalingen (art. 364 j^is 348 en 349) en, terwijl ook de revisie de tenuitvoerlegging schorst, indien niet het arrest in eersten aanleg gewezen voorloopig uitvoerbaar werd verklaard (Art. 364 j° 350), zoo zijn ook de bepalingen omtrent eene ten onrechte niet of wel uitgesproken tenuitvoerlegging bij voorraad in revisie toepasselijk. Art. 364 j° 351, 353. Nieuwe middelen.

Behalve de inschrijving ter rolle vanwege den eischer, die om bovenvermelde redenen in revisie niet te pas komt en de anticipatie welke in art. 365 wordt uitgesloten, zijn de voorschriften omtrent de in art. 353 vermelde procureurstelling en de daar verder vermelde incidenten in revisie van toepassing als in hooger beroep. Art. 364 j° art. 353. Incidenten.

De ruime toepassing van de devolutieve kracht van het hooger beroep, welke in de artt. 355—358 wordt toegepast (zie daarover hierboven bl. 127) geldt ook bij de revisie. De artt. 355 en 357 zijn ook daarbij toepasselijk, terwijl de toepassing der devolutieve kracht nog ruimer wordt gemaakt, doordien de Hooge Raad in revisie een interlocutoir of eene onbevoegdverklaring te niet doende, de zaak altijd moet tot zich trekken en op de hoofdzaak rechtspreken. Devolutie.

Ten aanzien van den inhoud van het vonnis verwijs ik naar § 169 en 170. Van tenuitvoerlegging bij voorraad kan natuurlijk geen sprake zijn met opzicht tot een in revisie gewezen arrest. Want daartegen staat geen middel open. Zie art. 94 R. O.

AFDEELING IV.

BEROEP IN CASSATIE.

Wet Rechterlijke Organisatie artt. 95--107; Wetb. v. Burg. Rechtsv. B. I, tit. XI, artt. 398—419; wet van 26 Juni 1876, no. 124; art. 76, wet 7 Juli 1896 no. 103. Verg. Ontwerp 1865, B. III, tit. II, art. 1—29.

§ 173. INLEIDING.

De wetgever regelt het beroep in cassatie in het Wetboek v. B. R. bij de rechtsmiddelen, welke tegen vonnissen gegeven worden, in de laatste plaats. Waarschijnlijk omdat het wetboek, in vergelijking met den C. de pr. met de regeling van het middel werd aangevuld, komt het achteraan. De revisie, ofschoon ook niet in den Code voorkomende, was te nauw aan het hooger beroep verwant om hare regeling niet onmiddellijk met de regeling daarvan in verband te brengen, maar de cassatie, nu zij in meer dan één opzicht het karakter van een derde instantie heeft gekregen, sluit zich te nauw aan het hooger beroep aan om haar daarvan af te scheiden, door de zoo geheel eigenaardige middelen van het derde verzet en request-civiel. De wetgever spreekt ook in het opschrift van den elfden titel niet van het rechtsgeding in cassatie, maar van de wijze van procedeeren in cassatie. Dat sluit zich nu onmiddellijk aan bij het opschrift van het Ie boek en bij die van den eersten en tweeden titel; toch komt mij rechtsgeding beter voor, omdat het ruimer is, en niet uitsluitend op handelingen en formaliteiten wijst, maar ook voorschriften van materieel procesrecht in zich sluit. Nu is het duidelijk dat, ofschoon de voornaamste bepalingen betreffende het rechtsmiddel van cassatie, in tegenstelling van de wijze van rechtspleging in engeren zin, in de wet op de R. O. worden aangetroffen, toch ook in dezen titel, evenals in die betreffende het hooger beroep, bepalingen voorkomen betrekkelijk tot de zaken aan cassatie onderworpen en betreffende den termijn, welke in den VIIen titel in afzonderlijke afdeelingen worden geregeld, terwijl dáár aan de wijze van rechtspleging eene eigene afdeeling wordt gewijd.

Veel wat tot het karakter van het rechtsmiddel behoort heb ik in Dl. I, bij de bespreking van de verhouding tusschen de gerechten

en van de taak aan den Hoogen Raad als opperste Gerechtshof opgedragen, in § 16, bl. 129—133, aangegeven. Ook behoort daartoe de behandeling van de gronden van cassatie volgens de wet op de R. O., waarin die gronden, als nader des H. Raads bevoegdheid in dezen bepalende, tevens zijn opgenomen. Zoo besprak ik die bij de uiteenzetting van de volstrekte bevoegdheid van den H. Raad in Dl. I, § 46, bl. 401. Ook de gevolgen van de cassatie werden daar behandeld, bl. 408, daar ook deze, als den werkkring van den H. Raad nader omschrijvende, in de Wet op de R. O. zijn opgenomen.

Dit neemt niet weg, dat, ook bij de behandeling van het rechtsgeding, nog op meer dan een punt het rechtsmiddel, zij het dan tot aanvulling van het reeds in Dl. I daarvan gezegde, hier naar aanleiding van bepalingen van het wetb. v. B. R., zal moeten voorafgaan aan de ontwikkeling van de meer bepaaldelijk tot de rechtspleging behoorende voorschriften.

Terwijl onze wetgever het rechtsmiddel aan de fransche wetgeving ontleende, nam hij aanvankelijk ook ten aanzien van de rechtspleging een voorbeeld aan de fransche wetgeving, welke verordeningen het Reglement concernant la procédure au conseil du Roi van 28 Juni 1738 (ook in de bekende uitgaven van de Codes opgenomen) tot grondslag hebben, al week hij in menig opzicht van den franschen wetgever af. Nog verder ging onze wetgever in dit opzicht zijn eigen gang bij de wet van 26 Juni 1876 n°. 124, welke belangrijke wijzigingen in de cassatie-procedure bracht, die haar meer in overeenstemming brachten met de procedure in hooger beroep en die in eersten aanleg.

In 1876. Toen scheen de jaren lang gevoerde strijd over de deugdelijkheid van het rechtsmiddel van cassatie in burgerlijke zaken, welke mede de oorzaak was geweest, dat zoo menig ontwerp tot invoering van een nieuwe rechterlijke inrichting mislukte, volstreden. Het votum van de juristenvereeniging in hare eerste vergadering tegen het cassatie-middel uitgebracht, deed zich nog wel gevoelen in den tegenstand, welke de invoering van de wet op een nieuwe rechterlijke inrichting van 1861 en 1870 ontmoette; ook had de Minister Jolles in het door hem in 1871 aanhangig gemaakt ontwerp, dat door zijn aftreden verviel, de cassatie wel laten varen en had de Minister de Vries niet dan een schaduw daarvan in zijn ontwerp behouden. Doch het door laatstgenoemden Minister met groot talent verdedigd Ontwerp werd niettemin verworpen. En de cassatie?

Hoe fel zij was bestreden, hoe breed hare ondeugdelijkheid en onhoudbaarheid waren uitgemeten, met hoeveel recht scheen te worden beweerd dat de communis ICtorum opinio haar had veroordeeld, „eppur si muove" en dat tot op den huidigen dag! Zeker maakt het een zonderlingen indruk, wanneer men thans den aanhef leest van het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer over het wetsontwerp tot wijziging van de rechtspleging in cassatie (Bijblad, in de Bijlagen 1875—1876 no. 29 bl. 1), waar te kennen wordt gegeven, dat het bij sommige leden bevreemding had verwekt dat, terwijl de cassatie in beginsel door de Tweede Kamer was veroordeeld, men de rechtspleging in cassatie ging herzien, dat men toch verbetering kon goedkeuren, „omdat het middel althans in den eersten tijd behouden blijft." In den eersten tijd! Men ziet, dat, waar het op herziening van de wetboeken aankomt, een kwart eeuw als een korte spanne tijds moet beschouwd worden. En zouden er nog wel niet eenige jaren aan dien eersten tijd worden toegevoegd? Ook is het wel volkomen juist dat de Tweede Kamer de cassatie in beginsel had veroordeeld, maar wie kan zeggen of de stemming der Tweede Kamer sedert al of niet is veranderd? Het lichaam blijft, maar de personen die het samenstellen wisselen en het zijn toch deze laatsten die de stemming van het lichaam bepalen.

TITEL I.

HET RECHTSMIDDEL.

§ 174. VONNISSEN AAN CASSATIE ONDERWORPEN.

Welke? Het zijn uitsluitend vonnissen in het hoogste ressort gewezen, waartegen een beroep in cassatie kan worden ingesteld, doch ook deze zijn niet altijd aan cassatie onderworpen. Uitgesloten is het beroep in cassatie van de vonnissen der kantonrechters in de slotbepaling van art. 99 R. O., in verband met art. 333 B. R., vermeld en van vonnissen over enkele in de wet vermelde zaken gewezen. Art. 95, 99 R. O. art. 165 G. W. (1887).

Het rechtsmiddel van cassatie kan door partijen niet worden aangewend, zoolang er een ander middel voor haar openstaat, om hare bezwaren tegen een vonnis te doen herstellen, hetzij door denzelfden

rechter bij wien de zaak heeft gediend, hetzij in hooger beroep. Art. 103 R. O.

In verband hiermede gelden voor vonnissen bij verstek gewezen bijzondere bepalingen. Zij die bij verstek zijn veroordeeld kunnen tegen het hen veroordeelend vonnis niet in cassatie komen. Hij die als eischer een vonnis bij verstek verkreeg en daartegen bezwaar heeft, kan, wanneer dat vonnis in het hoogste ressort is gewezen, den eisch tot cassatie daarvan instellen tegen den oorspronkelijken verweerder alsof het vonnis op tegenspraak gewezen ware. De verweerder kan dan eveneens zijnerzijds een beroep in cassatie instellen en indien hij nog bevoegd is tegen het bij verstek gewezen vonnis in verzet te komen, behoudt hij dit recht, zoolang hij zich niet op den eisch in cassatie heeft ingelaten. Maakt hij van het middel van verzet gebruik, dan vervalt het rechtsgeding in cassatie, doch dit kan opnieuw worden aangelegd tegen het vonnis dat op het verzet gewezen zal zijn. Artt. 403, 404, 405.

Wat betreft de vraag, welke vonnissen die, hoezeer in het hoogste ressort gewezen, niet aan cassatie zijn onderworpen verwijs ik naar Dl. I, bl. 405 en 406.

Het hoogste ressort slaat terug op de rechtspraak in eersten aanleg waar het hooger beroep is uitgesloten en op die in hooger beroep waar dit laatste middel is toegelaten. In het eerste geval wordt de eerste aanleg meteen het hoogste ressort. Wij hebben hier dus te doen met vonnissen die in eersten aanleg gewezen zijn en waartegen de wet het hooger beroep niet toelaat, omdat den eersten rechter daarover rechtsmacht in het hoogste ressort is opgedragen, en met vonnissen welke in hooger beroep gewezen zijn. Want zoolang nog een onderzoek in hooger beroep is toegelaten, staan de feiten nog niet vast, waarop de rechter het recht zal toepassen, en kan er dus geen sprake van zijn om een oordeel van den rechter in cassatie uit te lokken, op grond dat de wet zou zijn geschonden of verkeerd toegepast, terwijl evenmin het gevolg, dat een verzuim der vormen of eene overschrijding van rechtsmacht kan hebben, onherstelbaar is, zoolang het middel van hooger beroep openstaat.

De wetgever bepaalt dienovereenkomstig in art. 103 R. O,, dat partijen niet-ontvankelijk zijn om in cassatie te worden toegelaten, zoolang de gewone wijze van procedeeren toereikende is om hare bezwaren te doen herstellen, d. w. z., zoolang haar nog een ander

middel om herstel te bekomen ten dienste staat, hetzij bij denzelfden rechter bij wien de zaak heeft gediend, hetzij door middel van hooger beroep. Dat wil evenwel niet zeggen, dat zij in cassatie wel ontvankelijk zijn, wanneer zij door eigen wil of schuld, bijv. door berusting in een vonnis of door het laten verloopen van den termijn, van verzet of hooger beroep verstoken zijn. Want in zoodanige gegevallen sluit de wet evenzeer cassatie uit. Art. 398 en 399 j° 334, en voor die gevallen is slechts de cassatie in het belang der wet toegelaten. Art. 98 R. O.

De wetgever heeft zeker met de andere middelen die partijen ten dienste staan, met wat hij de gewone wijze van procedeeren noemt, bij denzelfden rechter, het oog op het middel van verzet tegen vonnissen bij verstek gewezen. Derde verzet kan hier in 't geheel niet bedoeld zijn, omdat dit juist toegekend wordt aan hen die geen partij geweest zijn bij het vonnis waartegen het wordt aangewend. Wat het middel van request civiel aangaat, van de daarvoor toegelaten redenen, zouden, al zijn 't slechts enkele, een grond van cassatie tevens kunnen opleveren. Nu wordt door de bepaling van art. 103 R. O. meteen uitgemaakt dat geen dezer redenen als middelen van cassatie kunnen worden gebruikt. Ik ben het derhalve wel eens met Oudeman II, bl. 68, dat cassatie niet is toegelaten op een grond waarop request civiel kan worden ingesteld maar niet om de daarvoor door hem aangevoerde reden, dat cassatie uitgesloten is, zoolang de gewone wijze van procedeeren toereikende is om de bezwaren tegen het vonnis te doen herstellen, want request civiel valt buiten die gewone wijze van procedeeren. Maar omdat request civiel een middel is van buitengewonen aard, dat op bijzondere daaraan eigene gronden is toegekend en dat door die bijzondere gronden wordt gederogeerd aan de algemeene gronden waarop cassatie is toegelaten. En dan zou ik er nog dezen grond willen bijvoegen, aan het beginsel van art. 103 en het ook daarin gehuldigd karakter van de cassatie ontleend, dat tot cassatie de toevlucht niet moet worden genomen, op zoodanigen grond als waarop de rechter die het vonnis wees, daarin nog verandering zou kunnen brengen.

Al kan nu een vonnis bij verstek niet in cassatie worden bestreden, zoolang het middel van verzet daartegen nog openstaat, zoo eischte toch de toepassing van de cassatie op verstekvonnissen eene nadere regeling.

De bijzonderheid die zich bij verstekvonnissen voordoet zit hem

in den ook op de cassatie toepasselijk gemaakten regel: „contumax non appellat." Evenmin als de bij verstek veroordeelde niet in hooger beroep mag komen, zoolang hij niet door het middel van verzet de zaak aan een herhaald onderzoek van den eersten rechter heeft onderworpen, evenmin mag hij in cassatie komen, wanneer het vonnis in eersten aanleg in het hoogste ressort werd gewezen. Voor hem, veroordeelde, wordt dit vonnis aan een vonnis in het hoogste ressort eerst gelijk, wanneer op het verzet is recht gedaan. Voor den eischer daarentegen, die een vonnis bij verstek verkreeg doch daarbij geheel of gedeeltelijk in het ongelijk werd gesteld, is het vonnis in het hoogste ressort gewezen. Hij kan geen ander middel daartegen aanwenden dan het beroep in cassatie. Maar evenals in hooger beroep zal dan de oorspronkelijke verweerder, indien de eischer slechts gedeeltelijk in het ongelijk werd gesteld, zijnerzijds tegen het hem bezwarend vonnis incidenteel beroep in cassatie kunnen instellen. Doch de verweerder verliest door het tegen het vonnis door den eischer ingestelde beroep in cassatie het recht van verzet tegen dat vonnis niet, indien het voor hem nog openstond. Dit is anders bij het hooger beroep. Immers, wanneer degene die het vonnis bij verstek verkreeg, daarvan in hooger beroep komt, kan de partij tegen wien het verstek werd verleend, in hooger beroep alle zijne verdedigingen doen gelden. Art. 335. Dit gaat in cassatie niet, omdat bij dit middel het onderzoek des rechters tot het rechtspunt is bepaald. De defaillant kan dus òf in verzet komen tegen het vonnis waarvan nu cassatie wordt gevorderd, òf van het verzet afziende, den eisch tot cassatie bestrijden en zelfs incidenteel beroep in cassatie instellen, indien hij het bij verstek gewezen vonnis, voorzoover het in zijn nadeel gewezen werd, alleen op gronden die tot cassatie kunnen leiden, en alzoo de door den eersten rechter aangenomen feiten insgelijks aannemende, bestrijden wil.

Wij vinden alzoo hier een geval waarin incidenteel beroep kan te pas komen; dit is evenwel in het algemeen aan elken verweerder, die zich ook door het vonnis bezwaard acht, toegekend evenals in hooger beroep. Zie art 410 in verband met art. 339 § 2.

Als op tegenspraak gewezen vonnissen.

Wanneer een vonnis of arrest ingevolge art. 79 § 2 als op tegenspraak gewezen wordt beschouwd en alzoo tegen dat vonnis door de achtergebleven partij geen verzet kan worden gedaan en het vonnis in het hoogste ressort is gewezen, tengevolge waarvan het ook voor

hooger beroep niet vatbaar is, staat het beroep in cassatie open, zonder dat vooraf aan het vonnis werd voldaan.

De bepaling van art. 335 § 2 is bij den elfden titel niet toepasselijk verklaard op het beroep in cassatie. Dat dit laatste in het in den tekst aangewezen geval niet is uitgesloten is duidelijk. Het middel van verzet is uitgesloten (art. 79 § 2) en het gewezen vonnis wordt beschouwd als op tegenspraak gewezen. Daaruit volgt dat hooger beroep is toegelaten en art. 335 § 2 had dit niet te bepalen. Wel zou de singuliere bepaling van het slot van dat artikel eene soort van straf op 't verzuim stellende, niet gelden, als zij niet in de wet ware opgenomen. Maar daarom is zij dan ook niet bij analogie in cassatie toepasselijk, al is de wetgever door haar hier niet op te nemen van inconsequentie niet vrij te pleiten. Verg. hierboven bl. 100.

§ 175. VAN DE PARTIJEN.

Procureur-generaal.

Partijen bij het vonnis waarvan cassatie.

Behoudens de bevoegdheid aan den Procureur-generaal bij den Hoogen Raad toegekend om zich „in het belang der wet" in cassatie te voorzien, komt dit rechtsmiddel, evenals het hooger beroep en de revisie uitsluitend toe aan hem die partij was bij het vonnis waartegen het wordt aangevoerd. Het zal uit den aard der zaak de bij dat vonnis in het ongelijk gestelde partij zijn, welke het beroep instelt. Art. 96 R. O.

Partijen worden in cassatie vertegenwoordigd door een advokaat bij den H. Raad Art. 406 § 3, 408.

Een beroep in cassatie kan tot een incidenteel beroep aanleiding geven, evenals dit bij het hooger beroep en de revisie kan voorkomen. Art. 410.

Terwijl de wet op de R. O. in art. 90 omtrent de revisie niets anders bepaalt dan dat de arresten van den H. Raad in eerste instantie gewezen aan revisie onderhevig zullen zijn, overeenkomstig de bepalingen van het wetboek van burgerlijke rechtpleging, moest wel in de eerste plaats in dàt wetboek aangewezen worden door wie dat middel kan worden te werk gesteld en worden in art. 359 partijen (niet als bij het hooger beroep in art. 332 de partijen, verg. hierboven bl. 44) als zoodanig aangewezen en daaruit vloeit dan ook voort dat uitsluitend partijen de bevoegdheid hebben,

wat trouwens zoo in den aard der zaak ligt, dat het te verwonderen is dat daarover zelfs nog werd gepleit.

Met opzicht tot de cassatie was de wetgever in art. 96 R. O. explicieter. Dewijl hij dáár de bevoegdheid, welke hij aan den Procureur-generaal bij den Hoogen Raad wilde toekennen moest regelen, moest hij wel tegelijkertijd van de bevoegdheid van partijen melding maken. Art. 96 R. O. bevat alzoo op dit punt eene opzettelijke bepaling, volgens welke de eisch tot cassatie kan worden ingesteld, hetzij door de partijen, hetzij ambtshalve door den Procureur-generaal. Vandaar dat in het wetb. v. B. R. alleen behoefde bepaald te worden, hoe partijen van het middel gebruik hebben te maken en van hare bevoegdheid kon worden gezwegen.

De partij welke zich in cassatie beroept heet eischer in cassatie, degene tegen welke het beroep wordt ingesteld, pleegt verweerder in cassatie genoemd te worden. Zie tit. XI passim. Een enkele maal heet de eischer (zie art. 405) de beroeper. Ik vind die benaming niet aanbevelenswaard.

De verweerder kan echter ook van zijne zijde in cassatie komen waaruit een incidenteel beroep ontstaat en hij tevens incidenteel eischer, de eischer tevens incidenteel verweerder in cassatie wordt.

Partijen worden vertegenwoordigd door een advokaat bij den H. Raad. Aanvankelijk bestond ook bij den H. Raad de zg. dubbele rechtsbijstand en was de vertegenwoordiging aan procureurs, de bijstand voor de pleidooien aan advokaten opgedragen. Bevoegdheid om te pleiten was voor de procureurs geheel uitgesloten. Bij de wet van 1876, n°. 124, zijn de procureurs bij den H. Raad afgeschaft en is de vertegenwoordiging in het geding voor de dingtalen aan de advokaten opgedragen, die tevens de pleidooien houden. Zeker was er voor de te verrichten processueele handelingen geen tweede praktizijn noodig; eigenaardig procureurswerk valt er nagenoeg niet te verrichten. Ook in Frankrijk en België heeft de wetgever dit voldoende geacht. Maar werd de vertegenwoordiging in het proces terecht aan alle bij den H. Raad ingeschreven advocaten, alleen op grond van die inschrijving, toevertrouwd? Verg. de rede van den heer Cremers over het Ontw. 1876 in Handelingen Eerste Kamer 1875/1876 bl. 302. In Frankrijk en België begrijpt men dit anders. Zeker is het gebleken dat de uitbreiding, welke aan deze toepassing

van de vertegenwoordiging later werd gegeven, door ze op die wijze bij alle colleges dus te regelen en elken waarborg ook voor materieele betrouwbaarheid overbodig te achten, slecht heeft gewerkt. Dit neemt niet weg dat naast den advocaat die de partij in cassatie vertegenwoordigt, een ander als pleiter kan optreden. Doch de partij, die zich aldus van twee advocaten bedient, behoudt de kosten van den pleiter voor eigen rekening, art. 57 § 3, 418 § 2. Waar alzoo een tweede advocaat naast den vertegenwoordiger optreedt wordt de eerste wel als vertegenwoordiger, de tweede als advocaat aangeduid. (Men zie bijv. deze aanduiding in het Weekblad van het Recht.) Vertegenwoordiger is evenwel geene wettelijke benaming. In de dingtalen kan die vertegenwoordiger niet anders dan als advocaat worden aangewezen evenals dit geschiedt met de procureurs bij de rechterlijke colleges en bij den H. Raad in hooger beroep of in eersten aanleg rechtsprekende.

Met de afschaffing van de procureurs in het rechtsgeding in cassatie, zooals dit in den elfden titel geregeld is, vervalt ook van zelf hunne tusschenkomst waar die in bijzondere gevallen in de wet wordt voorgeschreven, zooals in art. 865. Zeker worden bijzondere bepalingen, waarin voor bijzondere gevallen van een regel wordt afgeweken, door afschaffing van de bepaling welke den regel bevat, niet van zelf afgeschaft. Anders is het evenwel, wanneer de bijzondere bepalingen, niet anders dan de toepassing van den regel bevatten. De bezwaren door de Commissie van Rapporteurs omtrent dit punt geopperd, bij de behandeling van het Ontwerp der wet van 1876, waren alzoo niet gegrond.

Formeel is dus geene der partijen bij het vonnis bevoegd om in cassatie, hetzij als eischer, hetzij als verweerder op te treden zonder door een advocaat vertegenwoordigd te zijn. Maar hoe is het met den Procureur-generaal bij den H. Raad, als hij in het belang der wet een beroep in cassatie instelt? Ieder gevoelt dadelijk de dwaasheid van de onderstelling dat de wet hem door een advocaat vertegenwoordigd zou willen zien. Immers is de taak aan den Procureur-generaal in het bijzonder opgedragen, niet anders dan een uitvloeisel van de bepaling van art. 4 R. O., waarbij het Openbaar Ministerie bijzonderlijk belast wordt met de handhaving der wetten, en de ambtenaren van het O. M. treden daarbij, behoudens de bepaling van art. 5 R. O., even zelfstandig op als de Procureur-generaal bij

den H. Raad. Even dwaas als eene vertegenwoordiging door een advocaat voor den Procureur-generaal, even dwaas is m. i. de vertegenwoordiging door een procureur bij de lagere rechterlijke colleges, wanneer de ambtenaar van het O. M., krachtens zijn ambt als hoofdpartij optreedt. Geen enkele van de redenen, waarop de verplichte vertegenwoordiging van partijen in het geding berust, kan gelden voor dergelijke vertegenwoordiging van den Ambtenaar van het O. M. De letterknechtige uitlegging van art. 323 B. R., die ieder jurist en vooral ieder lid van de staande magistratuur, als een ondragelijke dissonant in de ooren moet klinken, kan het daaruit afgeleide gevoelen niet goedmaken. Springt nu de ongerijmdheid op de meest ondragelijke wijze in het oog, als men de uitlegging van art. 323 op den Procureur-generaal bij den H. Raad in het belang der wet optredende toepast, — zal dan de door mij bestreden letterknechterij zich hier redden met te beweren dat art. 323 onderstelt dat het Openbaar Ministerie als hoofdpartij werkzaam is en dat de Procureur-generaal in het belang der wet optredende, geen partij is? omdat het geding in het belang der wet is een geding zonder partijen? Wie ziet niet de sophistiek van dergelijke redeneering? Maar deze uitvlucht kan ten minste den wetgever vrij houden van den toeleg, dien men anders bij hem zou moeten onderstellen, dat hij het hoogste rechterlijk college en niet het minst den hoogstgeplaatsten ambtenaar in de staande magistratuur een dwaas figuur zou hebben willen laten maken. Men zie over de vertegenwoordiging van het O. M. in het geding eene verhandeling van Mr. A. TAK in Themis 1897, bl. 323.

Is de formeele bevoegdheid om als partij in het geding op te treden, behoudens de daarop gemaakte uitzonderingen, aan de vertegenwoordiging door een advocaat gebonden — de uitzonderingen welke daarop in sommige gevallen bestaan (Zie Dl. I, bl. 186) gelden in cassatie niet, — de materieele bevoegdheid tot het voeren van een geding valt over 't geheel met de handelingsbevoegdheid samen en zoo geldt daaromtrent voor het voeren van een geding in cassatie hetzelfde, wat ik bij het hooger beroep daarover schreef. Schorsing en hervatting van het rechtsgeding in verband met die materiëele bevoegdheid is hier evenwel niet toepasselijk.

Het incidenteel beroep in cassatie komt evenals in hooger beroep aan den verweerder toe die, dit spreekt wel van zelf, partij moet

geweest zijn bij het vonnis of arrest, aangezien de eisch tot cassatie tegen hem wordt ingesteld. Opmerking verdient dat deze bevoegdheid den verweerder eerst is toegekend bij de wet van 1876 n°. 124. Niet dat den verweerder de bevoegdheid was ontzegd om ook zijnerzijds een eisch tot cassatie in te stellen, doch hij moest dit doen bij een zelfstandigen eisch, omdat hem de bevoegdheid tot een incidenteel beroep niet was toegekend. Maar daardoor verviel ook de alleszins billijke bepaling dat hij in beroep kan komen, ook indien de termijn daarvoor verstreken was, dewijl hij het alleen deed, naar aanleiding van het principaal beroep; voorts kon hem berusting in het vonnis worden tegengeworpen, terwijl daarvan geen sprake zou kunnen zijn, indien hij geweten had, wat hij niet kon weten, dat de tegenpartij in cassatie zou komen. In ieder geval was er geen aannemelijke reden te vinden om, wat de wetgever in dezen in het hooger beroep had billijk geacht, in cassatie uit te sluiten, door het niet toe te laten. Ook het Ontwerp van 1865 bevatte natuurlijk eene aanvulling van het Wetb. van 1838 op dit punt. B. I. tit. VI, art. 11. Zie ook het Ontw. 1855. Art. 410 bevat eene bepaling, die met art. 339 § 2 overeenstemt en, evenals dit laatste artikel, in § 3 bepaalt dat de afstand van het principaal beroep het incidenteele niet doet vervallen.

Verlies van Nederlanderschap. Zekerheidstelling.

Het verlies van het Nederlanderschap kan ten gevolge hebben dat van een eischer in cassatie zekerheidstelling wordt gevorderd.

Al is de oorspronkelijke verweerder, eischer wordende in cassatie, tot zekerheidstelling niet gehouden en de verweerder in cassatie daartoe evenmin gehouden, zelfs niet bij het instellen van een incidenteel beroep, zoo zal toch hij, die in den loop der procedure het Nederlanderschap verloor, terwijl hij als eischer het geding aanlegde, nu vreemdeling geworden en als eischer in cassatie optredende, tot zekerheidstelling kunnen worden aangesproken en alzoo de verplichting daartoe ook voor het eerst nog in cassatie kunnen ontstaan. Zie hierboven bl. 69. — Eerst bij de wet van 1876 n°. 124 werd in het tegenwoordig art. 415 de voorziening omtrent de zekerheidstelling in cassatie gemaakt op 't voorbeeld van het Ontwerp 1865, artt. 17 en 18.

Voeging of tusschenkomst.

Zij die door voeging of tusschenkomst als partij in een tusschen anderen gevoerd geding zijn opgetreden, zijn, evenals de tot vrijwaring geroepenen tot het instellen van een eisch tot cassatie bevoegd.

Zie hieromtrent wat ik schreef over de bevoegdheid der hier vermelde partijen om in hooger beroep te komen, bl. 69 vv.

§ 176. BIJZONDERE VEREISCHTEN TOT HET BEROEP IN CASSATIE.

Evenals het hooger beroep is het beroep in cassatie gebonden aan een termijn, binnen welken het moet worden ingesteld en vervalt het voor hem die in het vonnis berust.

Termijn.

De termijn, binnen welken het beroep in cassatie moet worden ingesteld, is in den regel van drie maanden te rekenen van den dag waarop het arrest of vonnis is uitgesproken.

De termijn komt alzoo met dien voor het hooger beroep toegestaan overeen. Zoo wordt ook de termijn van cassatie verkort in de gevallen waarin een korter termijn dan van drie maanden voor het hooger beroep is toegestaan, doch dan gesteld op het dubbele van dien termijn. Zoo zal het beroep in cassatie van een arrest door een Hof op het beroep tegen een uitspraak in kort geding gedurende tweemaal veertien dagen openstaan. Art. 398.

Bij overlijden van eene in het hoogste ressort in het ongelijk gestelde partij gedurende den loop van den termijn, kan het beroep in cassatie door hare erfgenamen of rechtverkrijgenden nog worden ingesteld binnen drie maanden, of binnen den korteren termijn voor het beroep toegestaan, na dat overlijden. Maken de erfgenamen van het recht van beraad gebruik, dan hebben zij het beroep binnen ééne maand na afloop van den daarvoor gestelden termijn in te stellen. Art. 399 j°. 341.

De termijn is niet toepasselijk op het beroep dat incidenteel wordt ingesteld. Art. 410 § 3.

Het beroep van een praeparatoir vonnis is afhankelijk van en gebonden aan het beroep van het eindvonnis. De termijn van cassatie wordt derhalve voor het praeparatoir vonnis die, welke voor het eindvonnis geldt. Art. 399 j°. 336.

Interlocutoire en incidenteele vonnissen hebben hun eigen termijn in zoover als van deze in cassatie kan worden gekomen vóór dat het eindvonnis werd gewezen. Dit vervalt door de verklaring des rechters, dat het interlocutoir of incidenteel vonnis niet dan tegelijk met het eindvonnis aan cassatie mag worden onderworpen. Wordt het beroep met dat van het eindvonnis ingesteld, dan is het van den voor het

eindvonnis geldenden termijn afhankelijk. Art. 399 j°. 337 § 2.

Het beroep in cassatie van een vonnis op eene provisioneele vordering gewezen, kan worden ingesteld, voor dat het eindvonnis is gewezen, doch ook tegelijk met het beroep van dat eindvonnis. Art. 399 j°. 337 § 1.

Het beroep in cassatie is niet afhankelijk van een termijn die, als bij het hooger beroep, moet verloopen zijn na de uitspraak van het vonnis of arrest waartegen wordt opgekomen.

Berusting

Berusting in het vonnis of arrest in het hoogste ressort gewezen maakt het beroep in cassatie niet-ontvankelijk, behalve voor de partij die incidenteel cassatie eischt. Art. 410 § 3.

Wat den termijn betreft binnen welken het beroep in cassatie moet worden ingesteld en de berekening van dien termijn, kan ik naar het daaromtrent bij het hooger beroep gezegde verwijzen. Zie hierboven blz. 78 vv. Ook wees ik daar op de kortere termijnen in bepaalde gevallen door de wet voorgeschreven, bl. 80. Dat die kortere termijnen voor het beroep in cassatie worden verdubbeld, zal wel daarin liggen, dat over het instellen van dit beroep veeltijds correspondentie met een advocaat bij den H. Raad noodzakelijk is. In verband daarmede is dan ook wellicht niet noodig geacht om een termijn te bepalen, binnen welken de eisch in cassatie niet mag worden ingesteld, daar deze toch, gelijk wij zagen, voor het hooger beroep slechts is van acht dagen. Art. 342 is in den elfden titel noch overgenomen, noch toepasselijk verklaard.

De bepalingen omtrent het beroep in cassatie van preparatoire, interlocutoire, incidenteele vonnissen en vonnissen op provisiën zijn dezelfde als in art. 336 en 337 voor het hooger beroep gemaakt Bij art. 399 worden deze in cassatie toepasselijk verklaard. Zie bl. 84.

Ook wat de berusting betreft en de daarop gemaakte uitzondering voor het incidenteel beroep in cassatie heb ik na het op blz. 94 gezegde, niets bijzonders op te merken.

Het verval van de cassatie door verloop van den termijn is als van openbare orde ambtshalve door den rechter toe te passen. Arr. H. Raad 27 Nov. 1885 W. 5240 en de jurisprudentie van den H. Raad in de conclusie van den toenm. adv. gen. Polis. Evenzoo 2 April 1886 W. 5289. Zie ook jurisprudentie van het Hof van Cassatie in Frankrijk bij Dalloz v°. ordre public N°. 7.

TITEL II.

RECHTSPLEGING.

§ 177. HET INSTELLEN VAN DEN EISCH. DE DAGVAARDING.

Het beroep in cassatie wordt ingesteld bij eene dagvaarding, op welker inhoud de algemeene bepaling van art. 5 van toepassing is, behalve dat daarin, in plaats van „de middelen en het onderwerp van den eisch met eene duidelijke en bepaalde conclusie", moet worden opgenomen eene omschrijving der middelen van cassatie, met aanwijzing hetzij van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, welker inachtneming is verzuimd of van de wettelijke voorschriften welke zijn geschonden of verkeerdelijk toegepast, hetzij van de overschrijding van rechtsmacht met aanwijzing van de daartoe betrekkelijke wetsbepalingen. De dagvaarding.

Voorts moet, op straffe van nietigheid, in het exploit van dagvaarding een advocaat bij den H. Raad worden aangewezen, die den eischer in het geding zal vertegenwoordigen.

De eischer wordt geacht woonplaats te hebben gekozen bij dien advocaat, tenzij in het exploit eene andere binnen de gemeente 's-Gravenhage gekozen woonplaats wordt aangewezen.

Het exploit van dagvaarding van een defaillant moet aan dezen worden gedaan even als wanneer hij geen defaillant was geweest. Maar bovendien moet daarvan aankondiging worden gedaan in een der openbare dagbladen van de plaats waar de H. Raad zitting houdt en van de plaats waar de rechter zitting houdt, die het vonnis, waarvan in cassatie wordt gekomen, tegen den defaillant heeft gewezen. Bij gebreke van zoodanig dagblad geschiedt de aankondiging in dat van eene nabij gelegen plaats. Art. 401.

Ofschoon de wetgever van 1838 bij de regeling van het oorspronkelijke fransche rechtsmiddel, de fransche instelling van de „chambre des requêtes" niet overnam, bleef hij toch zooveel mogelijk aan het Reglement van 1738 getrouw en deed hij het beroep in cassatie aanvangen met eene memorie waarin de middelen werden ontwikkeld en die in den vorm van een verzoekschrift bij den H. Raad

werd ingediend. De ondervinding der praktijk deed zien, dat hier zonder afdoende reden was afgeweken van den in art. 1 gehuldigden regel, volgens welken elke rechtsingang aanvangt met een dagvaarding, en reeds in 1855 droeg de Minister van Justitie DONKER CURTIUS, vroeger advocaat van grooten naam bij den H. Raad, eene vereenvoudiging van de cassatieprocedure voor, als, met den bekwamen spoed welken bij onze wetgevende macht pleegt te worden betracht, in 1876 door den Minister van LYNDEN werd tot stand gebracht, nadat zij intusschen eveneens in het Ontwerp van 1865 was opgenomen. De grondslag voor het geding werd dan gelegd door die Memorie en het daarop insgelijks bij eene Memorie gegeven Antwoord. Deze Memories, welke, volgens de Memorie van Toelichting van het in 1875 ingediende Ontwerp, dikwijls een zeer uitvoerige ontwikkeling bevatten van de feiten en procedures en niet minder uitgebreide betoogen van de rechtsvragen inhielden, waren voor toelichting bij mondelinge voordracht weinig geëigend. Deze laatste kon in niet veel anders bestaan dan dat daarbij in anderen vorm, dien welken de mondelinge voordracht eischt, herhaald werd wat reeds uitvoerig genoeg in schrift was uiteengezet. Terwijl nu ook in cassatie de vertegenwoordiging door procureurs uit de gewone procedure was overgenomen, kwam men er gereedelijk toe door dezen schriftelijke conclusiën ter rolle te doen nemen. Zoo hadden de procureurs op de rol ook nog iets anders te doen dan den advocaat bij te staan en het pleidooi van dezen werd eigenaardiger aan eene conclusie vastgeknoopt, terwijl dan de Memories „in den zak" konden blijven. Nu waren die conclusiën wel eene loutere schepping der praktijk, geheel buiten de wet en dus tegen de wet (*), maar de „lijdelijkheid des rechters" deed hem ook hier lijdzaam toezien, en de praktizijns hun gang laten gaan ten koste van de beurs der justiciabelen. Opmerkelijk dat, om dit in het voorbijgaan op te merken, de praktizijns bij sommige Hoven in appèl juist het omgekeerde deden en dat zij na de wisseling van memories, als bij de gewone behandeling was toegelaten, de conclusiën ter terechtzitting, ofschoon uitdrukkelijk bij de wet voorgeschreven, achterwege lieten. Deze werden wel vóór den aanvang der pleidooien gelezen,

(*) Dit bleek bij de discussiën over de wet van 1876 het algemeen gevoelen te zijn. Door den heer VAN RAPPARD werd alleen nog gewezen op een zeker niet krachtig argument aan art. 406 (oud) ontleend, hetwelk voorschreef, dat de memorie vau cassatie moest inhouden „3o de voor het hof te nemen conclusiën." Men zou zeggen dat zij dan ook aan die memories moesten ontleend worden.

maar, daar men niet anders dan de slotsom daarvan placht voor te dragen, kon deze evengoed uit de Memorie gelezen worden. Het is niet te ontkennen dat de praktijk in beide gevallen rationeeler was dan de wet, maar de handelwijze was zuiver willekeurig en als nu aan den rechter verboden wordt om de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet te beoordeelen, maar integendeel hem wordt opgelegd, om de wet op te volgen, dan mogen nog minder de praktizijns zich stellen boven de wet. Of zou hieruit niet volgen, dat het in de rechtspleging gehuldigde beginsel van 's rechters lijdelijkheid binnen zekere grenzen is beperkt, van welke zijne lijdzaamheid de overschrijding niet mag toelaten? Doch dit in het voorbijgaan. In cassatie hebben alzoo de indringsters, want zoo mochten de conclusiën onder het wetb. van 1838 genoemd worden, de Memories verdrongen, doch niet zonder er ééne, nl. die van eisch, in den steek te laten. Toch wil het mij voorkomen en ik meen dat er bij advocaten bij den H. Raad ook wel zoo over gedacht wordt, dat de Memories uitnemend geëigend waren voor eene behoorlijk beredeneerde behandeling van eene rechtsvraag als waarop het in cassatie alleen aankomt. Eene conclusie is daartoe al heel weinig geschikt, tenzij zij in eene Memorie ontaarde. En nu moge een Memorie voor mondelinge toelichting weinig geeigend zijn, het pleidooi behoefde geen toelichting daarvan te zijn, maar eene mondelinge uiteenzetting voor den rechter van hetgeen partijen onder elkander bij geschrifte en ieder voor zich tot klaarheid hadden gebracht of trachten te brengen. Doch de deugden van een stelsel schijnen dikwijls het meest in het licht te komen, nadat het verlaten is.

Zoo vangt dan nu, sedert de invoering van de wet van 1876 ook de rechtsgang in cassatie met eene dagvaarding aan. In onteigeningszaken, waarin gelijk wij weten eene verkorte procedure geldt, kon men zeggen dat dit reeds bij art. 53 der wet van 1851 n°. 125 was ingevoerd.

Aangezien voor deze dagvaarding dezelfde vorm en dezelfde vereischten als in eersten aanleg worden voorgeschreven, heb ik ten aanzien van die onderscheidene punten, welke ik bij de behandeling van het geding in eersten aanleg besprak, hier slechts enkele opmerkingen te maken. Vooraf nog deze, dat het exploit in de bij art. 401 aangewezen dagbladen moet worden aangekondigd, wanneer de gedaagde bij het vonnis, waartegen de eisch tot cassatie werd

ingesteld, bij verstek werd veroordeeld. De eischer kan toch bij de cassatie belang hebben, indien hij gedeeltelijk in het ongelijk gesteld werd. Het is mogelijk dat het vonnis niet ter kennis van den defaillant is gekomen en zoo strekt die aankondiging om die kennis te bevorderen en den gedaagde in de gelegenheid te stellen om alsnog tegen het vonnis in verzet te komen of den eisch tot cassatie te bestrijden. Art. 404.

A. Inhoud van de dagvaarding.

Het onderscheid in den materieelen inhoud, en de niet-toepasselijkheid van art. 5 n° 3 vloeit uit den aard der zaak voort. Het geldt hier niet als in eersten aanleg, de erkenning te vorderen van een recht, welks bestaan uit bepaalde feiten, tengevolge van den daarop toepasselijken rechtsregel, voortvloeit, waaruit volgt dat èn op die feiten èn op den rechtsregel moet worden gewezen en eindelijk moet worden aangetoond dat de toepassing van dien regel op de feiten het bestaan van het beweerde recht rechtvaardigt, terwijl dan duidelijk en bepaald moet worden aangewezen, wat de gedaagde dientengevolge aan den eischer te praesteeren heeft. Het beweren is hier, dat de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen zijn verzuimd, of dat de rechter de feiten, welke hij als vaststaande aannam, niet heeft onderworpen aan en beoordeeld naar die wettelijke voorschriften, welke hij daarop had moeten toepassen of wel aan de wettelijke voorschriften, welke hij daarop toepast, een verkeerden zin heeft toegekend, of ook dat hij zich aan overschrijding van rechtsmacht schuldig maakte. De eischer vordert alzoo vernietiging van het vonnis, waarin aldus op de eene of andere wijze mocht zijn gehandeld in strijd met de wet. Hij heeft die wetsbepaling in zijne dagvaarding aan te halen en het behoeft hem niet voorgeschreven te worden, aan die gronden voor zijn eisch het onderwerp in eene duidelijke en bepaalde conclusie toe te voegen, omdat het vragen van vernietiging van het door den lageren rechter gewezen vonnis of arrest van zelf spreekt en daardoor niet ontbreken kan, terwijl ook datgene wat de rechter in cassatie als gevolg van de vernietiging heeft uit te spreken, hem door de wet in bijzonderheden is voorgeschreven. Nu kan de eischer wel in zijn eisch die bepalingen overschrijven en daarmede den rechter aanwijzen wat hij naar des eischers inzien uit te spreken heeft, maar hij kan 't ook laten en aan zijne vordering tot vernietiging eenvoudig de algemeene clausule

verbinden, „met de gevolgen daarvan als naar de wet" of ook deze weglaten. Want als er van eenige bepaling kan gezegd worden „haec lex ad iudicem loquitur", dan geldt dit zeker van die voorschriften, waarin de wetgever de gevolgen van de vernietiging van een rechterlijke uitspraak in cassatie aangeeft.

De wet spreekt in art. 406, van de middelen van cassatie. Ik heb van de gronden gesproken èn hier èn bij de behandeling van de daartoe betrekkelijke artikelen van de wet R. O. Ik gaf daaraan de voorkeur omdat de eisch in cassatie zelf een rechtsmiddel is en ik dan van de middelen van het middel zou moeten spreken. Maar ook omdat ik gronden juister acht, terwijl dan de redeneering waarmede die gronden worden goedgemaakt en waarmede antwoord wordt gegeven op de vraag, waarom het aangehaalde wettelijk voorschrift is geschonden of verkeerd toegepast, de redenen voor de juistheid van den aangevoerden grond aangeven. Maar gelijk van middelen in art. 5 als van de rechtsfeiten, of wel den feitelijken en rechtelijken grond van den eisch, wordt gesproken, zoo spreekt ook art. 406 van de middelen voor de gronden van cassatie De wetgever vertaalde het fransche moyens. Veel doet het overigens niet af en of men hier gronden en middelen als synoniemen mag beschouwen acht ik mij niet bevoegd uit te maken. In art. 409 (oud) werd gesproken van het bewijs der gronden van cassatie waarvoor thans de feitelijke grondslag der middelen gelezen wordt.

De feitelijke grondslag der middelen beteekent hier de feiten, waarop de wetsbepaling, waarvan schending beweerd wordt, niet is toegepast of waarop wetsbepalingen verkeerd zijn toegepast. Dit zijn de feiten, welke in het beklaagde arrest als vaststaande zijn aangenomen en die alzoo ook alleen uit dit arrest of vonnis kunnen blijken. Het bewijs hetwelk hier heet geleverd te worden, is niet het bewijs dier feiten, maar het bewijs dat de lagere rechter ze als vaststaande aannam. Dat kan wel niet anders dan door zijn vonnis bewezen worden, waarin hij volgens art. 56 n°. 3 de gronden zijner uitspraak wat de daadzaken betreft, afzonderlijk moet opnemen. De feitelijke grondslag van het middel, dat bestaat in schending of verkeerde toepassing der wet, is derhalve de feitelijke grondslag van het bestreden vonnis. Van dezen behoefde men niet te zeggen dat hij alleen door het vonnis bewezen kan worden. Er

behoeft inderdaad van dezen feitelijken grondslag van het cassatiemiddel geen bewijs te worden geleverd. De beteekenis van de bepaling kan geen andere zijn dan deze, dat alleen de feiten welke den grondslag van het aangevallen arrest of vonnis uitmaken en daarin zijn opgenomen (niet alzoo andere die in de stukken van het geding mochten vermeld zijn) den feitelijken grondslag van het cassatiemiddel kunnen uitmaken. In tegenstelling hiermede kan van beweerde verzuimen ook uit andere stukken blijken. En als de cassatie gegrond is op onbevoegdheid of overschrijding van rechtsmacht dan ligt ook weder het feit, dat de rechter, wiens onbevoegdheid men beweert of die zijn macht zou hebben overschreden, 't aangevallen vonnis of arrest wees, van zelf in dat vonnis of arrest.

Terwijl ik voor de beteekenis van die gronden zelven verwijs naar hetgeen ik daarover schreef in Dl. I, bl. 401 en vv., merk ik alleen op 1°. dat over de eenigszins camaleontische beteekenis van overschrijding van rechtsmacht een van het mijne afwijkend gevoelen wordt verdedigd door Mr. J. TH. F. VAN DELDEN, Acad. proefschrift: Beschouwingen over het cassatiemiddel van overschrijding van rechtsmacht Leiden, 1889; GARSONNET bespreekt dit onderwerp V, § 1111; 2° dat de H. Raad de cassatie niet toepasselijk acht op de Ned. Indische wetgeving. Zie o.a. arr. 16 Oct. 1868, W. 3050, 29 Maart 1889, W. 5072. Mr. A. DE PINTO besprak dit punt in W. 1640. Men zie ook diens werk over de wet op de R. O., 2e druk, bl. 212 en 221. Mr. LEVY bracht het onderwerp ter sprake in de Tweede Kamer, de jurisprudentie van den H. Raad bestrijdende, die m. i. evenwel terecht werd in bescherming genomen door den Minister van Justitie, Mr. SMIDT, Handelingen Tweede Kamer 1892/93, bl. 492, 504. Mr. ABENDANON refereert het twistpunt in zijn werk Publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen tusschen Nederland en de Nederl. Kolonien. Batavia, 1890, bl. 238 vv.

Opmerking verdient dat de wetgever in art. 406 voorschrijft dat met name in de dagvaarding moeten worden aangewezen de wettelijke voorschriften, waarbij de verzuimde vormen zijn voorgeschreven, of welke geschonden of verkeerd zijn toegepast en die tot de beweerde overschrijding van rechtsmacht betrekkelijk zijn. Immers op andere dan de vermelde kan door den H. Raad niet worden gelet. Zoo wordt ook hier het „non ultra petita" toegepast. En terecht. Waar partijen klagen te lijden onder schending der wet door den lageren rechter, moeten zij weten aan te wijzen door de schending van welke wetsbepaling

zij lijden. Het ligt niet op den weg des rechters, nu eens de afwering van wetschending ook tot een belang van partijen is gemaakt, haar op te dringen een lijden dat zij niet voelen en waarvan zij dan ook geen redres verzochten. Het is ook duidelijk, waarom bij een beweerd recht eene aanhaling van het bepaalde wetsartikel niet noodig is en daarbij kan gelden het „curia ius novit", terwijl de wetschending die in cassatie wordt beweerd een feit is dat den rechter door partijen moet worden aangewezen. Die artikelen moeten bij de dagvaarding aangehaald worden en aangezien natuurlijk slechts ééne dagvaarding wordt uitgebracht en deze zelfs niet door eene conclusie wordt gevolgd, kan daarin ook geen verandering of aanvulling plaats hebben. Meent de eischer zich vergist te hebben, hij kan daaraan niet te gemoet komen dan, door intrekking van de dagvaarding, afstand te doen van den eisch zooals die werd ingesteld, en dit ook alleen zoolang de stand van het geding dit toelaat. De bevoegdheid om afstand van de instantie te doen kan moeilijk worden ontkend. Maar voor het wanneer en hoe moet dan ook wel de 15e afd. van tit. III bij analogie worden toegepast.

Volgens art. 407 (oud) moesten bij de memorie door den eischer in te dienen, worden gevoegd: 1o. de justificatoire bescheiden onder inventaris, 3°. het beteekende afschrift of de authentieke expeditie van het arrest of vonnis waartegen wordt opgekomen. Deze bepaling is in 1876 vervallen en het schijnt wel dat daarvoor het „eenvoudig en algemeen voorschrift van art. 413 (nieuw)" in de plaats is gekomen, volgens hetwelk partijen gehouden zijn de stukken, waarop zij zich beroepen, elkander over en weder mede te deelen in afschrift of door nederlegging van de oorspronkelijke ter griffie. Zoo behoeft dan geen afschrift van het vonnis bij de dagvaarding beteekend te worden evenmin als een afschrift van de stukken, waarvan art. 409 spreekt. Want de toelichting zegt, dat „art. 133 laatste lid en 143, die ingevolge art. 343 ook in appèl niet gelden, in cassatie niet wel toepasselijk kunnen worden verklaard." Deze reden is niet gegrond, zelfs materieel onjuist. Want vooreerst is 't niet te raden, waarom art. 133 niet, wat betreft althans de eerste zinsnede van het laatste lid, volgens welke de aanlegger bij het exploit moet overleggen afschrift van de stukken waarop de eisch gegrond is, zou kunnen worden toegepast, en de eischer niet bij de dagvaarding zou kunnen overleggen een afschrift van het vonnis of van de stukken, die in art. 409 met zoovele woorden als de stukken worden ge-

noemd, waardoor de grondslag van de middelen wordt bewezen. Dat art. 343 dat art. 133 niet toepasselijk verklaart in appèl is waar, maar zeer natuurlijk, daar de dagvaarding in appèl geen middelen bevat en voor nieuwe middelen art. 133 wel degelijk geldt. Art. 143 kon in art. 343 niet toepasselijk verklaard worden omdat dit niet den eischer maar den verweerder geldt, maar de toepasselijkheid volgt uit art. 347. Hoe dit evenwel zij, het blijkt dat het vonnis en de stukken bedoeld in art. 409 niet op de meest rationeele en eenvoudigste wijze tot stukken van het proces in cassatie behoeven gemaakt te worden. Men kan ze ook bij eene afzonderlijke akte doen beteekenen.

De vermelding van eischer en gedaagde of verweerder, zooals de wet hem in den titel van cassatie noemt, heeft hier niets bijzonders. Men lette op hetgeen ik met opzicht tot de partijen hierboven aanteekende en vergete niet dat, evenals in het hooger beroep de partijen wel formeel hier de benaming van eischer en gedaagde hebben, maar dat materieel eischer blijft die dit was in eersten aanleg. De eischer is bovendien gehouden een advocaat bij den H. Raad aan te wijzen, die hem in het geding zal vertegenwoordigen, op straffe van nietigheid, zegt art. 410. De vertegenwoordiging der partijen was historisch en door de daaromtrent gemaakte bepalingen, zoo belichaamd in den procureur bij de lagere colleges, dat de wetgever dit nergens met zoovele woorden zegt. Zoo kon hij in art. 133 aan den eischer opleggen om procureur te stellen want, dewijl die procureur als de vertegenwoordiger van de partijen bekend stond, beteekende dit niet anders dan een procureur ter vertegenwoordiging aanwijzen. Dewijl die vertegenwoordiging evenwel in 't gewoon geding aan de advocaten niet is opgedragen, moesten zij, nl. de advocaten bij den H. Raad, eerst tot vertegenwoordigers gestempeld worden. Men zou het niet begrepen hebben, als de wetgever hier eenvoudig gezegd had dat de eischer verplicht is advocaat te stellen. Nu hij evenwel de advocaten tot vertegenwoordigers heeft gemaakt kan men in cassatie zonder bezwaar van advocaat stellen en advocaatstelling spreken.

De advocaten bij den H. Raad zijn die, welke ingeschreven zijn bij den H. Raad en dientengevolge ook bij het Gerechtshof en bij de Arrondissements-rechtbank te 's Gravenhage de praktijk uitoefenen. Zij behoeven daarom hun bestendig verblijf niet te hebben te 's Gravenhage, mits zij binnen het arrondissement van dien naam woonplaats

hebben en, als zij geen vast verblijf in de gemeente 's Gravenhage hebben, aldaar woonplaats kiezen. Aan de woonplaats, of anders aan de gekozene woonplaats, van den advocaat, wordt dan de eischer in cassatie geacht voor het geding in cassatie zijne woonplaats te hebben, als hij geen andere bij het exploit heeft aangegeven.

De aanwijzing van den bevoegden rechter baart hier geenerlei moeilijkheid, daar de H. Raad met uitsluiting van alle anderen van den eisch tot cassatie kennis neemt.

B. Termijnen.

Wat den tijd van verschijning betreft, zal op de dagen van de terechtzittingen moeten worden gelet door den H. Raad bij bijzonder reglement, krachts art. 88. Regl. I, vastgesteld. De termijn tusschen den dag van dagvaarding en dien van verschijning in acht te nemen zal allicht de verlengde termijn zijn bij art. 8 2° lid bedoeld, dewijl de gedaagde niet gedagvaard wordt voor den rechter zijner woonplaats, maar voor den H. Raad en hij even goed ja zelfs nog eer binnen het rechtsgebied van een ander gerechtshof dan juist dat van het gerechtshof van 's Gravenhage zal wonen. Toch kan ook hier door den eischer verlof worden gevraagd om den gewonen termijn te verkorten. Art. 7 § 2.

De bij de dagvaarding door den eischer gestelde termijn kan door den verweerder verkort worden. Hij heeft daartoe den eischer, bij een aan de door hem gekozen woonplaats beteekend exploit, tegen een vroegeren dan in het exploit opgegeven rechtdag op te roepen. Art. 407. In de wet van 1896 n°. 203 werd deze bepaling behouden. Kennelijk zag men in art. 136 niet eene algemeene bepaling en achtte men het behoud van het voorschrift noodig, omdat men veronderstelde dat door art. 133 het recht van anticipatie in cassatie niet zeker was. Zoo meende ook de wetgever van 1876 de toelating daarvan in cassatie niet uit het toenmalig art. 344 te mogen afleiden.

Waarom nu art. 407 bij de herziening van 1896 niet gewijzigd noch aangevuld is in overeenstemming met het nieuw artikel 136, blijkt niet. Dat het exploit van anticipatie eene advocaatstelling moet bevatten is zeker rationeel, en dat den eischer ten minste vijf dagen moeten gelaten worden is het niet minder. Tegen eene analogische toepassing van lid 3 en 4 van art. 136 kan, behalve wat de bedreigde nietigheden betreft, dunkt mij, geen bezwaar bestaan.

C. Nietigheid van de dagvaarding.

Al komt er in den elfden titel geene bepaling voor die, gelijk art. 343 § 2 voor het hooger beroep doet, de bepalingen van de zevende afdeeling van den eersten titel van het eerste Boek op het beroep in cassatie toepasselijk verklaart, zoo gelden die bepalingen hier van zelf, omdat de eerste titel van Boek I, voor de wijze van procedeeren voor de kantongerechten, arrondissements-rechtbanken, Hoven en den H. Raad algemeen geldende bepalingen bevat. Verg. hierboven bl. 126. De nietigheid welke in art. 133 wordt gedreigd is hier in art. 406 § 4 opgenomen.

D. De beteekening geschiedt overeenkomstig de bepalingen van Tit. I afd. 1, daar deze tot den vorm der dagvaarding behoort.

E. Gevolgen van de dagvaarding.

I. Als een eerste gevolg van de dagvaarding mag hier herinnerd worden dat, evenals door de dagvaarding in eersten aanleg de grondslag en de strekking van den eisch bepaald worden, hier de artikelen worden aangewezen over welker schending of verkeerde toepassing de strijd loopen zal.

Zie hierboven bl. 256.

II. Het beroep in cassatie heeft, buiten de gevallen waarin de rechter de voorloopige tenuitvoerlegging heeft bevolen, eene schorsende kracht. Art. 398.

Ook heeft eene voorloopige tenuitvoerlegging plaats van incidenteele en interlocutoire vonnissen, in zoover als zij het gevolg is van de verklaring des rechters bij het vonnis gegeven, dat het beroep in cassatie niet dan tegelijk met dat van het eindvonnis mag worden ingesteld. Art. 399 j°. 337.

In het algemeen gelden alzoo op deze punten dezelfde bepalingen als in hooger beroep. Ten aanzien van de voorloopige tenuitvoerlegging valt nog op te merken dat, wanneer deze werd toegestaan, de termijn van acht dagen gedurende welken het vonnis niet mag worden tenuitvoergelegd, vervalt en evenzoo het verbod om binnen dien termijn in hooger beroep te komen. Van dat verbod

(zie art. 342) is ten opzichte van het beroep in cassatie geen sprake en er is dan ook geen termijn voor de tenuitvoerlegging van een in het hoogste ressort gewezen vonnis gesteld wanneer er geen voorloopige tenuitvoerlegging is toegelaten.

Dat de rechter in het hoogste ressort, waar hij verzuimde de voorloopige tenuitvoerlegging te bevelen of deze niet verleend werd, in gevallen waarin de wet ze toelaat, geene wijziging te dien opzichte in zijne uitspraak mag brengen, nadat die eens gewezen werd, zal wel vaststaan. Maar dat de gedaagde in cassatie, evenals die in hooger beroep, van den H. Raad zou mogen vorderen om alsnog die tenuitvoerlegging bij voorraad te verleenen, kan niet worden toegelaten, omdat art. 351 in cassatie niet toepasselijk is verklaard en dat volgens art. 398 § 4 het beroep in cassatie alleen dan schorsende kracht heeft wanneer de rechter, d. i. hij die het vonnis in het hoogste ressort wees, de voorloopige tenuitvoerlegging niettegenstaande cassatie, niet heeft bevolen. Heeft de rechter dit nagelaten, niettegenstaande de voorloopige tenuitvoerlegging op grond van art. 52 was gevraagd, dan kan schending van dat artikel grond tot cassatie opleveren, die hier dan incidenteel zou moeten gevorderd worden. In de gevallen van art. 53 vervalt een beroep in cassatie omdat de toepassing van de voorloopige tenuitvoerlegging van het oordeel des rechters in ieder bijzonder geval afhankelijk is gemaakt.

Met betrekking tot de voorloopige tenuitvoerlegging van incidenteele en interlocutoire vonnissen, in zoover deze het gevolg is van de verklaring door den rechter bij zijn vonnis gegeven, dat daartegen niet dan tegelijk met het beroep tegen het eindvonnis in cassatie kon worden gekomen, kan ik, naar hetgeen ik daaromtrent bij de behandeling van het hooger beroep opmerkte (zie hierboven bl. 127) verwijzen. Want de bevoegdheid van den rechter in hooger beroep volgt uit de bij art. 399 in cassatie toepasselijk verklaarde bepaling van art. 337. De bevoegdheid aan den rechter in hooger beroep gegeven ten aanzien van incidenteele en interlocutoire vonnissen stelt het in zijne macht om te reageeren tegenover de bepaling der wet, welke in het algemeen, en dus ook met opzicht tot de hier besproken vonnissen, aan het beroep in cassatie eene schorsende kracht toekent. Dit gevolg had het beroep in cassatie naar de fransche wet niet en in het wetb. van 1830 was zij slechts voor sommige zaken aangenomen; krachtig was de bestrijding toen zij bij de herziening van 1837 werd voorgesteld. Zie dien strijd aangeteekend bij

v. D. HONERT op § 398 en in de Handelingen der Stat. Gen. 1836 —37, I. bl. 101—110, Bijl. bl. 230, 237, 243, 247, 249, 250, 257, 264. Het voorname argument dat voor de schorsende kracht werd aangevoerd, achtte men gelegen in het onderscheid tusschen de cassatie naar de fransche wetgeving en naar de onze. Nu de rechter in cassatie ook kan geroepen worden om de hoofdzaak te beslissen en op die wijze de cassatie op eene derde instantie was gaan gelijken, meende men dat zij ook in dit opzicht met het hooger beroep gelijk gesteld moest worden. Ten onrechte m. i. Want of de rechter in cassatie ook op de hoofdzaak recht doet, dan of hij renvoyeert, in beide gevallen kan men zeggen dat een hoogere rechter nog delibereert over den einduitslag van het geding en dan zou ook aan het fransche middel van cassatie schorsende kracht hebben moeten worden toegekend. Ook meende men de schorsende kracht aan de cassatie te moeten toekennen, omdat „zonder dezelve niet gemakkelijk de gewenschte eenheid in de jurisprudentie geboren worden zal." Nu stelden de bestrijders van dit laatste argument zich zeker te veel voor van de cassatie in het belang der wet, maar zeker is het een ten onrechte door den wetgever ingenomen standpunt, wanneer hij om die eenheid in de wetgeving te bevorderen, het verlengen der procedure bevordert en de kosten daarvan vermeerdert ten koste van de justiciabelen. M. i. plaatsten zich de bestrijders op het juiste standpunt door te vragen, of die schorsende kracht hier even goed als ten aanzien van hooger beroep was gerechtvaardigd. De beperktheid en de aard der gronden waarop cassatie gevraagd wordt, hebben ten gevolge, en de rechtspraak bevestigt dit, dat een vonnis of arrest veel minder gevaar loopt in cassatie vernietigd te worden dan in appèl. Daaruit volgt dat de schorsende kracht veel minder noodzakelijk is en dientengevolge ook buiten de gevallen waarin eene voorloopige tenuitvoerlegging kan of moet bevolen worden, de uitvoering van het in 't hoogste ressort gewezen vonnis, niettegenstaande cassatie, in alle gevallen wel aan de kansberekening van hem die het veroordeelend vonnis verkreeg, kon worden overgelaten. Dat alleen voor vonnissen betreffende den staat der personen de schorsende kracht werd voorgeschreven, zooals het Wetb. v. 1830 dit wilde, laat zich op goede gronden verdedigen. Al is daarbij de kans van vernietiging even gering, de uitvoering aan het vonnis gegeven, niettegenstaande cassatie en dus niettegenstaande de vernietiging als mogelijk in uitzicht is gesteld, kon tot moeilijk her-

stelbaar nadeel aanleiding geven. Maar, terwijl dan nu het middel schorsende kracht heeft, mag men dientengevolge niet verwachten, dat door hem die den hem nadeeligen loop des rechts zooveel mogelijk tracht op te houden, daarvan te gereeder gebruik zal worden gemaakt, nu niet eens, als bij het appèl, een termijn is gesteld binnen welken hij niet in cassatie komen mag, noch den verkrijger van het hem voordeelig vonnis in hooger beroep is verboden binnen een zekeren termijn niet tot tenuitvoerlegging over te gaan? Staat toch een en ander niet ook met de schorsende kracht van het appèl in verband? Toch werd art. 342 niet in cassatie toepasselijk verklaard.

Bij de discussiën over de herziening in 1896 werd wel, bij de schildering van het obstructionisme, de cassatie in rekening gebracht, doch tot eene vermindering van deze obstructie geen voorstel gedaan.

Aanm. Van devolutie is bij het beroep in cassatie geen sprake. Dit blijkt uit hetgeen ik straks opmerkte, dat het voorwerp van den strijd wordt beperkt tot de wetsartikelen door den eischer, of door den verweerder incidenteel, aangevoerd. Zelfs kan eene verbetering van het vonnis of arrest ten aanzien van eene niet of ten onrechte uitgesproken tenuitvoerlegging bij voorraad niet als in hooger beroep gevorderd worden.

§ 178. VERWEREN EN VOLDINGEN.

I. Voorbereidende handelingen.

De advocaat van den eischer, en bij anticipatie die van den verweerder draagt zorg dat de inschrijving op de rol plaats hebbe, niet later dan den dag voordat de zaak moet dienen, en in zaken op korten termijn zoo spoedig mogelijk. Art. 37, Regl. I. Inschrijving op de rol.

Ofschoon de inschrijving der zaak op de rol een noodzakelijk bestanddeel zij van het proces en zij daarom in 1896 in eersten aanleg bij art. 135 geregeld en bij art. 353 toepasselijk werd verklaard in hooger beroep, is zij in den titel van cassatie ongeregeld gelaten. Hier blijft alzoo art. 37 Regl. I van toepassing, al mag het eene „inelegantia legis" genoemd worden, dat de wetgever zich de regeling van hetzelfde onderwerp in sommige gevallen aantrekt en het daardoor tot een onderwerp van wetgeving stempelt, en het in andere gevallen aan regeling bij Koninklijk besluit overlaat. Dat wat het

reglement aan den procureur opdraagt, na de vervanging van den procureur door een advocaat een plicht van dezen is geworden, spreekt van zelf. Het is toch aan den vertegenwoordiger van de partij dat de verplichting is opgelegd, en al verandert diens benaming, in werkelijkheid blijft hij wat hij was. Hoe het bij anticipatie moet gaan is twijfelachtig. Want het reglement voorziet daarin niet. En indien er zich tusschen de werking van de wet van 1876 (art. 407) en de invoering van die van 1896, een geval van anticipatie bij den H. Raad had voorgedaan, dan zou ik meenen dat het, naar analogie van art. 37, voor de hand lag, dat de inschrijving dan geschieden moest door de zorg van den advocaat des verweerders, dewijl deze de vroegere behandeling en dus de oproeping van de zaak op een vroegeren roldag verlangde. Liet hij dit na, de anticipatie verviel en de oorspronkelijk in de dagvaarding aangewezen rechtdag bleef behouden. Zal men nu deze analogische toepassing van het Reglement nog volgen, of zal men de regeling bij de artt. 135, 136, 139 in 1896 in de wet gebracht, bij analogie in toepassing brengen? Want dat art. 37 Regl. hetwelk voor alle colleges is geschreven, door de nieuwe regeling welke beperkt werd tot de Hoven en de Rechtbanken, niet is afgeschaft ten aanzien van den H. Raad staat, dunkt mij, vast. Er bestaat m. i. geen reden om aan de analogie van de wet daarom de voorkeur te geven, omdat een wet hooger staat dan een reglement. Want de wetgever heeft gewild, zoowel dat de Koning het reglement zou uitvaardigen (art. 19 R. O.) als dat hij zelf alleen het onderwerp regelde voor de Rechtbanken en de Hoven, en het bij die gelegenheid voor den H. Raad niet wilde doen, althans dit naliet. En wanneer hij het dan bij den H. Raad bij het oude heeft willen laten blijven, dan schiet er niet anders dan het reglement en zijne analogie over. Maar is het dan niet rationeel te noemen dat, waar de wetgever zelf zijn eigen wil in geheel analoge gevallen uitsprak, deze ook bij analogie in een bij een reglement geheel onvolledig geregeld geval toetepassen? Daartegenover staat weer: is het rationeel dat de wetgever toen hij zelf aan 't regelen ging ter halverwege bleef staan, indien hij alle gevallen aan den nieuwen regel onderworpen wilde hebben? Wij doen beter dan naar den wil des wetgevers in dit bijzonder geval te zoeken, na te gaan of de bij analogie toe te passen bepalingen, deze analogische toepassing verdragen. Daaromtrent laat de bepaling van art. 37 geen twijfel over. Anders is het met art. 136. De toepassing van het eerste lid wordt

ten aanzien van hetgeen zij bijzonders bevat omtrent de procureurstelling door art. 408 in cassatie uitgesloten. Het tweede lid dat eene nietigheid bedreigt is daarom voor analogische toepassing niet vatbaar. De bevoegdheid aan den verweerder voor 't geval van anticipatie toegekend vervalt, omdat het juist de vraag is, of de eischer wel verplicht is naar analogie van art. 135, en of niet de verweerder naar analogie van art. 47 Regl. heeft te handelen. Het kan door de niet-toepasselijkheid van art. 136 § 2 licht gebeuren dat de eischer er zelfs den tijd niet voor heeft, en die bepaling wordt nog bovendien door art. 407 uitgesloten.

De kwestie, welke zich hier over de analogische toepassing van art. 37 of 135 vv. voordoet, moge tot de zoogenaamde aardige kwesties behooren, de aardigheid is er af, wanneer men bedenkt, hoe zij eenvoudig haar ontstaan daaraan te danken heeft dat de wetgever zelf in plaats van orde te scheppen, verwarring deed ontstaan. De gevolgen zullen zich echter wel niet in groote mate doen gevoelen, daar 't mij althans niet gebleken is, dat van de anticipatie een overdruk gebruik in cassatie gemaakt wordt en in ieder geval de praktizijns zich over de zaak wel zullen verstaan.

II De verweerder verschijnt ter terechtzitting door een advocaat, die bij de oproeping der zaak verklaart zich voor hem advocaat te stellen. Advocaatstelling van verweerder.

Dit heeft ook dan plaats, wanneer de verweerder mocht hebben gebruik gemaakt van zijne bevoegdheid om den termijn waarop hij gedagvaard werd te verkorten, en dan op die vervroegde terechtzitting.

Van de door den advocaat afgelegde verklaring wordt aanteekening gehouden op het audientieblad.

De verweerder wordt geacht woonplaats te hebben gekozen bij zijn advocaat. Hij kan echter ook eene andere woonplaats, mits binnen de gemeente 's-Gravenhage, in het audientieblad doen aanteekenen.

Het beginsel van verplichte vertegenwoordiging brengt mede dat partijen bij den aanvang van het geding den vertegenwoordiger aanwijzen, die de tot het geding noodige handelingen zal verrichten. Daarom moet de eischer zijn vertegenwoordiger aanwijzen bij de dagvaarding en de verweerder bij zijn eerste optreden. Naar de vroegere procedure (1838) in eersten aanleg, in den regel bij procureursacte vóór de zitting. Reeds in 1876 werd voor het cassatieproces, ofschoon

daarbij in hoofdzaak de eerste aanleg werd gevolgd, het stellen van den advocaat door eene verklaring van dezen ter eerste terechtzitting voorgeschreven. En hoewel bij diezelfde gelegenheid de bevoegdheid tot anticipatie werd gegeven, maakte men voor dit geval geen uitzondering. Zoo liet de wet de vervroeging van den termijn aan de partij zelve over voordat zij nog een advocaat gesteld had. Kennelijk in strijd met het beginsel der vertegenwoordiging. Toen dan ook in 1896 de procureurstelling ter eerste terechtzitting in eersten aanleg (art. 135) en in hooger beroep (art. 353) werd voorgeschreven, maakte men eene uitzondering voor het geval van verkorting van den termijn. In dit geval werd de procureurstelling bij beteekende akte (de akte waarbij de verkorting van den termijn beteekend wordt) behouden. „Bij de eerste daad welke van den verweerder uitgaat, moet, indien de procedure vóór (lees: voor) een rechtscollege gevoerd wordt, zijn procureur namens hem optreden." Dus terecht Hartogh en Cosman op art. 135. In den elfden titel bleef evenwel de fout onverbeterd en nu meteen door den wetgever zelven erkend dat hij in 1876 een fout beging. Eene acte van advocaat tot advocaat laat ook zelfs de woorden van art. 407 niet toe. Dat artikel spreekt ook van des eischers gekozene woonplaats, waarschijnlijk omdat deze, naar luid van art. 406 § 5 wel eene andere kan zijn, dan die van den advocaat. Doch, ofschoon dit ook in eersten aanleg is toegelaten (art. 133 § 2), wil toch art. 136 de acte van anticipatie aan den procureur des eischers beteekend hebben. Eindelijk geeft art. 408 § 3 aan den verweerder in cassatie ook de bevoegdheid om eene andere woonplaats te kiezen, dan die zijns advocaats. Wellicht omdat de eischer gelijke bevoegdheid heeft. Maar in eersten aanleg is de verweerder aan de woonplaats van zijn procureur gebonden. Art. 137 § 3. „Varietas delectat" zal men zeggen, maar de regeling van het proces en zijne vormen beöogt geen vermakelijkheid en moet er ook geen aanleiding toe geven.

Door de aanteekening op het audientieblad wordt de advocaatstelling des verweerders geconstateerd.

Moet ik nog aanteekenen dat de wetgever in 1876 in een aanval van purisme van het zittingblad ging spreken, terwijl art. 137 van het audientieblad spreekt? Deze lezing van 1896 is de orthodoxe. Volgens art. 64 Regl. I houdt de griffier het audientieblad.

Verandering van advocaat.

Het beginsel der verplichte vertegenwoordiging brengt mede dat de eens gestelde advocaat de partij blijft vertegenwoordigen, zoolang deze geen ander advocaat bij den H. Raad als haar vertegenwoordiger heeft aangewezen of de gestelde advocaat aan de wederpartij ter terechtzitting of bij exploit heeft aangezegd, dat hij zich aan de verdere behandeling der zaak onttrekt. Art. 417 § 2.

In deze bepaling wordt het voorschrift van art. 136 (thans 146) voor de procedure in cassatie naar 't schijnt, pasklaar gemaakt. Het eerste gedeelte komt vrijwel met art. 146 overeen en het is duidelijk dat wat dáár uitdrukkelijk gezegd wordt, dat, zoolang geen ander gesteld is en deze zich niet bij acte van procureur tot procureur aan de wederpartij heeft doen kennen, het rechtsgeding op naam van den eerstgestelden blijft voortgaan, ook hier moet gelden. In het blijven vertegenwoordigen van art. 417 ligt wel opgesloten dat de wederpartij zich aan den eerst opgetredene moet houden. Maar hoe moet nu de aanwijzing van den vervanger geschieden? In eersten aanleg was vroeger eene procureursacte daarvoor als vanzelf aangewezen, maar nu de advocaatstelling op de terechtzitting moet plaats hebben, kan de aanwijzing natuurlijk niet door de partij in persoon geschieden, want deze heeft op de terechtzitting niets te zeggen en zoo moet het dan wel geschieden gelijk art. 417 § 2 dat aanwijst bij aan de wederpartij beteekend exploit. Dit exploit van aanzegging zal dan vanwege de partij die haren advocaat herriep, aan de wederpartij te harer gekozen woonplaats moeten worden beteekend.

Wanneer een advocaat zich aan de verdere behandeling van de zaak onttrekt, dan zal hij dit aan de wederpartij kunnen aanzeggen ter terechtzitting of haar dit bij beteekend exploit doen weten. In verband met die aanzegging ter terechtzitting, welke natuurlijk aan den advocaat der tegenpartij geschiedt, zal het exploit wel aan den advocaat der wederpartij moeten worden beteekend. In eersten aanleg is dit geval niet voorzien. Nu ligt het wel voor de hand dat een advocaat die zijn dienst opzegt, dit zal moeten doen aan de partij die hij vertegenwoordigt, ten einde deze in de gelegenheid te stellen hare zaak aan een ander op te dragen en dit aan de wederpartij te doen weten. Doch de advocaat die zich aan de zaak onttrekt, kan niet gehouden zijn, desniettemin voor de partij te occupeeren,

of althans als de advocaat van de partij door die wederpartij worden beschouwd, wanneer zijne partij verzuimt de noodige kennis aan de wederpartij te geven. Vandaar de bevoegdheid van den advocaat om bij beteekend exploit of bij aanzegging ter terechtzitting zijne onttrekking ter kennis van de wederpartij te brengen. Deed hij dit zonder daarvan zijne partij in kennis te hebben gesteld, dit zal hij tegenover deze hebben te verantwoorden.

Overlegging van volmacht door advocaat.

Kunnen de partijen niet anders dan door hen vertegenwoordigende advocaten verschijnen, hun wordt de gelegenheid gegeven om zich te vergewissen dat de optredende advocaat werkelijk van zijn client last bekomen heeft. Daartoe kan overlegging ter griffie of mededeeling in afschrift worden gevorderd van de volmacht aan den bij de dagvaarding door den eischer aangewezen of den op de eerste terechtzitting voor den verweerder opgetreden advocaat. Art. 417 § 1.

Wordt de volmacht niet overgelegd dan blijft de advocaat niettemin de partij vertegenwoordigen, zoolang deze geen ander heeft aangewezen bij een aan de wederpartij beteekend exploit of hij zelf verklaard heeft zich aan de zaak te onttrekken. Art. 417 § 2.

Het kan niet anders dan bevreemding wekken, dat hier, bepaaldelijk in het cassatieproces, de bevoegdheid aan partijen wordt toegekend, om overlegging van de op den als vertegenwoordiger optredenden advocaat verstrekte volmacht te verlangen. Het schijnt vreemd dat dit juist voor het cassatieproces werd voorgeschreven, toen men dit, met opzicht tot de wijze van behandeling, aan de procedure voor de andere gerechten en ook voor den H. Raad in eersten aanleg meer gelijkvormig wilde maken, terwijl daar van het vragen naar eene volmacht geen sprake is. Ook het gevolg van het niet voldoen aan het kenbaar gemaakt verlangen schijnt vreemd. En zoo dringt de vraag zich op: hoe kwam men daaraan en wat wil de wetgever er mee?

Het denkbeeld moge zijne aanleiding vinden in het Ontwerp 1865; daar werd de overlegging van volmacht den vertegenwoordigers van partijen als eene verplichting opgelegd en was zij eene voorwaarde tot hunne toelating als zoodanig. Dat is hier volstrekt het geval niet. „Een terugkeer tot het oude stelsel der procuratio ad litem", zeide de Memorie van Toelichting op art. 1 nieuw art. 406 al. 6, „wordt

niet beoogd; maar tot wering van mogelijke, hoezeer dan ook zeldzame misbruiken, is het noodig aan de wederpartij het recht te geven om mededeeling van de volmacht te vragen." Veel verder kwam men bij de schriftelijke gedachtenwisseling niet, en toen de heer GODEFROI, bij de beraadslaging over art. 417 (waar, in het gewijzigd Ontwerp, de bepalingen omtrent dit punt, eerst in twee artikelen voorkomende, waren opgenomen) er nader op aandrong dat nadere voorschriften daaromtrent noodig waren, indien men de zaak zelve wilde, antwoordde de Minister VAN LYNDEN: „het is eenvoudig eene regeling van orde, die ik meende dat in dit wetsontwerp niet ontbreken mocht, omdat, door het vervallen van het procuraat, de officier ministériel, in wiens ambt een waarborg is gelegen, in het vervolg ontbreken zal." De Minister VAN LYNDEN bleef aan deze meening getrouw, toen hij gelijke bepaling voorstelde bij art. 7 (nieuw art. 136) van het in Februari 1877 aanhangig gemaakt Ontwerp houdende wijziging in het Wetb. v. Burg. Rechtsv. in verband met het ook daarbij gedane voorstel om de procureurs in de advocaten te doen opgaan. Doch in de z.g. procureurswet van 1879 verviel wel de procureur als „officier ministériel", maar in het vervallen van den waarborg in het ambt gelegen, werd in het geheel niet voorzien. Bij de herziening van 1896 daarentegen is het désaveu op de optreding van een procureur zonder last toepasselijk verklaard. Voor het cassatieproces bleef het evenwel bij de bevoegdheid om mededeeling van volmacht te vragen. Er schijnt niet eens aan gedacht om ook hier de z. g. ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen toe te passen. Toch zou dit middel in cassatie niets geven. Het zou natuurlijk alleen hebben kunnen worden toegepast voor het geval dat geen volmacht tot vertegenwoordiging werd gegeven, daar zij in de andere gevallen, waarvoor zij eigenlijk geschreven is, uit den aard der zaak in cassatie voor toepassing niet vatbaar is. Wat zou de eischer in cassatie er aan hebben des advocaats optreden te wraken, wanneer de cassatie werd verworpen? Ten aanzien van de zaak kwam hij niets verder. Want al werd die verwerping met de geheele cassatie-procedure ongedaan gemaakt, dan bleef toch het vonnis of arrest waarvan de cassatie gevraagd was in volle kracht, en voor een nieuwen eisch in cassatie moet de termijn wel verstreken zijn. Werd de cassatie uitgesproken, hetzij met, hetzij zonder verwijzing, wat kan de eischer voor belang hebben bij de bevoegdheid om zijn advocaat te wraken? Er kan, bepaaldelijk bij verwerping,

alleen een geschil over al of niet gemeriteerd honorarium en al of niet ten onrechte gemaakte kosten zijn, en over de kosten waarin de eischer jegens de tegenpartij werd veroordeeld. Maar te dien opzichte zou een middel dat de gerechtelijke handeling van den advocaat met al de gevolgen daarvan vernietigde, het doel voorbijstreven. — De verweerder in cassatie zou, wanneer hij den voor hem opgetreden advocaat als vertegenwoordiger wraakte, niet vertegenwoordigd geweest zijn en had dan bij verstek gelijk of ongelijk gekregen. Kreeg hij gelijk, waar is zijn belang bij eene wraking? kreeg hij ongelijk, hij zou geen verzet gehad hebben dan op gronden, die zeker de advocaat niet verzuimd zou hebben aan te voeren en zoo bleef de zaak dan ook voor hem dezelfde. Had hij niet willen procedeeren omdat hij de door hem zelven te maken kosten er niet voor over had, hij heeft dit met den advocaat uit te maken aan wien hij beweert geen opdracht gegeven te hebben.

Terwijl alzoo dat middel van ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen hier niet gepast was, waartoe bleef dan die bevoegdheid om overlegging van volmacht te vragen, welke de wetgever in 1879 voor de procureurs bij de gerechten overbodig achtte, en die zeker, zoo zij doelmatig mocht worden geacht, bij de gerechten niet minder noodig moet worden geacht, dan juist in cassatie bij den H. Raad, als eene singulariteit in de procedure bestaan?

Wij hebben gezien, hoe men er in 1876 aan kwam, ook wat de bedoeling was nl. „een regeling van orde" wat niet veel zegt en „misbruiken te keeren." Uit het rechtskundig karakter der instelling en de rechtsgevolgen daaraan verbonden moet blijken of dit doel met het middel te bereiken is en in hoeverre. Nu kan het zeker als preventief middel dienen en een advocaat zal zich wachten om zonder volmacht op te treden, omdat zij hem kan gevraagd worden en hij dan gevaar zou loopen om, als hij die niet had . . . disciplinair gestraft te worden? Ik veroorloof mij hieromtrent op te merken „valeat quantum possit!" Maar dat men dit vooral op het oog had blijkt uit de Mem. v. Antw. op art. 1 al. 6 en 7, waar werd opgemerkt: „de volmacht zal niet gevraagd worden, maar men moet alleen de bevoegdheid hebben tegen altijd mogelijke misbruiken", en in denzelfden geest sprak ook de Minister t. a. p. hierboven. Maar als het dan gevraagd wordt, welk gevolg, wanneer de volmacht niet wordt medegedeeld? Men zou zeggen als het den verweerder geldt, dan is deze niet vertegenwoordigd en dan oordeelt de H. Raad bij

verstek, dat wel niet veel uitmaakt, omdat het verzet slechts op enkele gronden is toegelaten (art. 425), maar de verweerder kan nu, zou men zeggen, niet anders dan als niet verschenen behandeld worden. En als het den eischer betreft, dan zou, naar de algemeene bepaling in art. 75 (Tit. I) voorkomende, de verweerder van de instantie moeten worden ontslagen en de eischer opnieuw, behoorlijk vertegenwoordigd, kunnen beginnen, want het zou blijken dat hij inderdaad geen advocaat had gesteld, niettegenstaande het tegendeel stond in de dagvaarding. Maar hoe zal de advocaat verantwoorden de verklaring die hij den deurwaarder deed afleggen? Hoe dit alles evenwel zij, als de volmacht niet overgelegd wordt, kan de advocaat niet geacht worden de partij te vertegenwoordigen. Dat werd ook in de Mem. v. Antw. op art. 1 al. 6 en 7 gezegd. En toch is dit volgens de wet anders. Want, hoe zonderling het klinke, de wet zegt, in aansluiting juist aan de vordering tot overlegging van de volmacht, dat hij, die eens voor eene partij opgetreden is, die partij blijft vertegenwoordigen zoolang door haar geen ander is aangewezen of hij zelf zich onttrekt aan de verdere behandeling der zaak. Het kon, dunkt mij, niet duidelijker gezegd worden dan in art. 417. Maar nog duidelijker blijkt het uit de eerste redactie, toen in art. 406 aan het slot en nadat van de bevoegdheid om overlegging van volmacht te vragen van den advocaat des eischers gezegd werd: „Die advocaat, dus van wien de mededeeling zijner volmacht gevraagd werd, „blijft den eischer vertegenwoordigen." En evenzoo luidde toen art. 408 (nieuw) met opzicht tot den advocaat des verweerders. Bij het gewijzigd Ontwerp werden nu de beide laatste leden van de beide artikels tot één vereenigd in art. 417 overgebracht. Daardoor komt, als men wil, nog te sterker uit, dat juist ook dan de eens opgetreden advocaat blijft vertegenwoordigen als van hem de overlegging gevraagd wordt en hij de volmacht niet overlegt. In dit laatste geval kon er toch alleen van blijven of ophouden sprake zijn. Maar dan blijkt ook dat het al of niet overleggen op zichzelf geenerlei gevolg op den stand der partijen heeft en hoogstens een zaak wordt tusschen de partij voor wien de vertegenwoordigde zonder volmacht optreedt en diens vertegenwoordiger. Daarmede is ook alleen te rijmen het antwoord door de Regeering in de Mem. v. Antw. t a. p. gegeven, dat de overlegging gevraagd kan worden, zoolang de zaak niet in staat van wijzen is. En als dit proces als het maar eens aanhangig is gemaakt, ook zonder verte-

genwoordiger kan voortgaan, vloeit nog daaruit voort dat ook de bepalingen omtrent schorsen en hervatten van het rechtsgeding hier niet gelden. Uit dit alles blijkt, gelijk ook de Minister opmerkte, dat de wetgever dit punt als van weinig beteekenis heeft beschouwd; maar mocht de Minister hier van eene regeling van orde spreken?

Het mag evenwel niet onopgemerkt blijven, dat bij die vraag van de vertegenwoordiging en de voorname reden waarop zij steunt, de hoofdzaak uit het oog werd verloren. Het was zeker niet moeilijk te betoogen „dat er geen vrees kan bestaan dat eene goede en ordelijke behandeling der zaken er onder lijden zal, wanneer de advocaat, ook al draagt hij geenerlei ambtelijk karakter, in het vervolg mede belast wordt met de zorg voor het doen exploiteeren der dagvaarding en voor het nemen der conclusie ter rolle." Dat was hier de vraag niet. Voor het procureurswerk heeft de wetgever de procureurs en een ambtelijk karakter niet noodig geacht. En de Minister ging de hoofdzaak ook voorbij, toen hij beweerde dat met dat vragen van volmacht een waarborg zou worden gegeven, die met het ambtelijk karakter verviel. Immers de partijen hebben in de praktizijns een waarborg noodig voor hunne betrouwbaarheid met opzicht allereerst wat ook in cassatie geldt voor de hun toevertrouwde stukken. Daarom heeft men in Frankrijk en in België het getal der in cassatie optredenden door eene noodzakelijke benoeming beperkt, dat had men ook bij ons gevonden in het ambtelijk karakter der procureurs. En nu moge men over den waarborg, welken dat ambtelijk karakter geeft, denken zooals men wil, de graad van doctor in de rechten geeft dien waarborg allerminst. Ook niet de bekwaamheid om een proces te leiden, die heel wat anders is dan eene rechtsvraag in een pleidooi uiteen te zetten. Maar die bekwaamheid heeft de procureurswet aan de doctoren in de rechtswetenschap ook al met den titel van procureur bezorgd. „Wanneer de wet dit" (nl. dat een doctor in de rechten als zoodanig bekwaam is een proces te leiden en materiëel betrouwbaar voor de pleitende partijen, zonder dat eenige andere garantie van hem gevorderd wordt) „aan de ingezetenen voorhoude" zeide de heer CREMERS terecht in de zitting van de Eerste Kamer van 24 Juni 1876, „is zij in mijn oog bedriegelijk."

De advocaatstelling voor den verweerder heeft op de terechtzitting plaats nadat de zaak daar van de rol werd geroepen en de eischer, met beroep op de van hem uitgegane dagvaarding, de zaak heeft aangebracht. Art. 408.

Verdere behandeling ter terechtzitting.

Meer heeft de eischer op die terechtzitting niet te doen. De verweerder kan den hem bij dagvaarding beteekenden eisch onmiddellijk beantwoorden door reeds op denzelfden eersten rechtsdag conclusie van antwoord te nemen. Doet hij dit niet, dan wordt hem op zijn verlangen een termijn van hoogstens vier weken verleend. Art. 411.

Conclusie van antwoord.

Nadat de conclusie van antwoord is genomen wordt een dag voor de pleidooien bepaald, tenzij partijen onder overlegging der stukken, daarop recht vragen. Ten dage dienende wordt dan de zaak bepleit en vervolgens het Openbaar Ministerie gehoord. Artt. 412 § 2, 418 § 1.

Pleidooien.

Openbaar Ministerie.

De pleidooien behoeven niet gehouden te worden door de advocaten die zich met de vertegenwoordiging van partijen hebben belast. Ook andere kunnen daartoe optreden. Doch de daaruit ontstane kosten worden niet in de uitspraak over de kosten begrepen. Art. 418 § 2.

Advocaten voor de pleidooien.

De wetgever van 1876, die van oordeel was dat de memories in cassatie overbodig waren en dat eisch en verweer op voldoende wijze in conclusiën van eisch en antwoord konden worden vervat, meende echter ook dat de conclusie van eisch kon gemist worden, daar deze niet anders bevatten kon dan de dagvaarding. En zeker, als die conclusie van eisch, gelijk het Ontwerp van 1865 dit wilde, in eersten aanleg verviel, kon zij het ook in cassatie. Nadat de wijziging van de wet op dit punt in cassatie was aangenomen, stelde dan ook de Minister VAN LIJNDEN (Ontwerp 1877) de afschaffing van de conclusie van eisch in eersten aanleg voor. Ik schreef daarover in mijne verhandeling het summier proces op bl. 21: „.... dewijl de inhoud van die conclusie, wat de zaak betreft, niet anders mag bevatten dan de dagvaarding en daarin dus wellicht alleen op eenigszins andere wijze, hetzelfde gezegd wordt, kan die akte veilig gemist worden, en 't gaat heel goed aan dat de eischer aan den rechter mondeling zegge: ik verlang of ik verzoek van u, wat ik in de dagvaarding aan den verweerder heb doen weten dat ik u heden

zou vragen, m. a. w. dat wat in de dagvaarding geschreven staat." Wanneer de wetgever evenwel en terecht beveelt dat de verweerder een afschrift van zijne conclusie niet alleen aan de tegenpartij meedeelt, maar ook aan den rechter, door een afschrift aan den griffier uit te reiken, dan heeft de rechter aan die conclusie van antwoord niets, wanneer hij ook niet de conclusie van eisch kent en dan behoorde een afschrift van de dagvaarding ter griffie te worden nedergelegd. (Dan kon wellicht de griffier meteen de zaak, naar aanleiding van de dagvaarding, op de rol brengen en het placet kon met de boodschap van den advocaat ter griffie tevens vervallen). In het Ontwerp-HARTOGH werd evenwel de conclusie van eisch in bescherming genomen; niet omdat de ondervinding het verkeerde van hare afschaffing in cassatie zou hebben geleerd, daarvan werd niet gerept. Veeleer kan men zeggen dat haar behoud verdedigd werd, niettegenstaande op den voorgrond stond (zie toel. op art. 18) om, „nu de omvangrijke verandering, die de wijze van procedeeren in cassatie door de wet van 1876 heeft ondergaan, algemeen in de praktijk als eene groote verbetering wordt aangemerkt, ook bij de lagere rechtscolleges, de burgerlijke rechtspleging daarmede zooveel doenlijk in overeenstemming te brengen." Het voorname argument van den Ontwerper was blijkens de toel. op art. 18 (nieuw art. 140) „dat het rechtscollege niet voor de pleidooien alle schrifturen van het geding zou kunnen nagaan." Bij den schriftelijken gedachtenwissel werd het behoud verdedigd, omdat het ordelijker is en dat de conclusie van eisch toch voor een vermindering van den eisch noodzakelijk kan zijn. Men zou kunnen vragen, of die vermindering niet eer nà de conclusie van antwoord zal plaats hebben, wanneer zij nu toch eene conclusie zal eischen. Daarom zou ik meenen dat, ofschoon van zoodanige vermindering van eisch in cassatie in het geheel geen sprake kan zijn, (of het moest in het afzien van een aangevoerd middel kunnen bestaan) daarom toch geen verschil tusschen eersten aanleg en cassatie behoeft te worden gemaakt. En als 't ordelijker is, dan mag zeker in cassatie de conclusie van eisch evenmin ontbreken. Ordelijker voor 't uitwendige is 't zeker, maar zulk eene orde in 't proces leidt licht tot formalisme. Had men gezegd dat het o r d e n t e l ij k e r was, om ook aan den rechter direct zijn verlangen mede te deelen, dan hem te zeggen: „dat heb ik al aan de wederpartij in de dagvaarding te kennen te geven en daarin kunt gij 't lezen, als ik die dagvaarding met de andere stukken na

afloop van de pleidooien zal overleggen", dan is er wel wat voor. Maar dit behoeft ook zóó niet gezegd te worden en als de dagvaarding ter griffie is medegedeeld, is de ordentelijkheid eveneens gered. De zaak is niet van overgroot belang. Maar men had in 1896, die conclusie van eisch in eersten aanleg behoudende, ze in cassatie moeten herstellen. Een partieele herziening moet zoo min mogelijk de eenheid in den gedachtengang der wet verstoren.

Strekking van de conclusie van antwoord, waarbij de gegrondheid van de aangevoerde gronden van cassatie bestreden wordt, is verwerping van het beroep of niet-ontvankelijk verklaring.

De termijn van hoogstens vier weken is hier zeker een peremtoire termijn. Meer dan vier weken mag niet verleend, dus door den rechter niet toegestaan worden, al wilde ook de tegenpartij een langeren termijn gunnen. Het verleenen is niet hare zaak, maar des rechters taak. Dan moet ook de dag voor de pleidooien bepaald worden en daardoor wordt wisseling van verdere conclusiën (behoudens incidenteel beroep en voordracht van exceptiën, waarover straks) afgesloten. De woorden van de wet, waarmede de handelingen van partijen in verband met die des rechters worden geregeld, zijn duidelijk. De aangegeven strekking dezer voorschriften is ook geheel in overeenstemming met den grond waarop zij bij de gedachtenwisseling in de Tweede Kamer werden aanbevolen, de bekorting nl. van het proces, wanneer zooals hier het geval is, alle handelingen der partijen, dat zijn hier de praktizijns, onder het oog des rechters plaats hebben. En men bedoelde daarmede niet 's rechters lijdelijk toezien, dat in 1896, althans in eersten aanleg, werd ingevoerd, toen men van het bedriegelijk standpunt uitging dat hier de praktizijns de regeling in handen behooren te hebben, omdat de belangen van de partijen, welke deze hun immers hebben toevertrouwd (daartoe evenwel, dit vergete men niet, door de wet gedwongen) met de hunne één zijn. Als het bedriegelijke van dit standpunt nog niet duidelijk is gebleken, dan zal het wel duidelijker worden, hoe meer het beroep van advocaat als een beroep als ieder ander uitgeoefend wordt. Men moge dat verloren gaan van het eigenaardig karakter van het beroep van advocaat, dat het nobile officium pleegt genoemd te worden, betreuren, en wenschen dat het in het belang van eene goede rechtsbedeeling daartoe niet kome, er zijn aanwijzingen te over voor de gegrondheid der vrees. Al wijs ik hierop bij de behandeling van de cassatie, daarin

ligt volstrekt niet mijne bedoeling om het karakter der rechtspraktijk in cassatie aan te duiden.

In overeenstemming met de bepaling van art. 324 n°. 8 wordt in art. 418 voorgeschreven dat het Openbaar Ministerie na afloop der pleidooien gehoord wordt. Uit de zoo algemeen gestelde bepaling van laatstgenoemd artikel blijkt dat niet juist op het beroep in cassatie, maar ook op voorgestelde exceptien of incidenten het Openbaar Ministerie gehoord moet worden. Ook in cassatie bepaalt het O. M. den dag waarop het conclusie zal nemen en kan het dit tot eene volgende terechtzitting uitstellen, wanneer het op de eerst aangewezen terechtzitting niet geschiedt. Ook kan het O. M. dadelijk na afloop van de pleidooien conclusie nemen. Art. 327, B. R., art. 59, Regl. I.

De afschaffing van de procureurs, welke bezuiniging in de proceskosten beoogde, behoefde er niet toe te leiden dat, al zouden partijen uitsluitend door een advocaat bij den Hoogen Raad worden vertegenwoordigd, die van zelf tot pleiten bevoegd, de behandeling van de zaak alleen zou kunnen verrichten, eene partij niet bevoegd zou zijn het bepleiten der zaak aan een anderen advocaat op te dragen. Waarom zou de partij niet de voorkeur mogen geven aan den advocaat die in vroegere instantie de zaak bepleitte, haar persoonlijk bekend kan zijn en haar bijzonder vertrouwen heeft? Mij dunkt deze overweging rechtvaardigt die toelating van een ander advocaat beter dan de voor de advocaten in den Haag noodzakelijke concurrentie waarvan men ook in de beraadslagingen leest.

Maar eens aangenomen dat de bijstand van één advocaat voor de behandeling der zaak voldoende moet geacht worden, was de wetgever terecht van oordeel dat de vermeerdering van kosten uit het doen optreden van een tweeden advocaat ontstaande, uitsluitend moest komen ten laste van de partij welke zich de weelde daarvan mocht hebben veroorloofd. Hetzelfde beginsel werd bij de wet van 1879 n°. 75, toen de dubbele rechtsbijstand in beginsel bij alle gerechten werd afgeschaft, algemeen in toepassing gebracht. In geen geval, zegt nog het Reglement III in art. 4 § 4, mogen de kosten van verplaatsing en vacatie eens advocaats buiten zijne woonplaats door te pleiten bij een ander college dan bij hetwelk hij als advocaat is ingeschreven, ten laste van de wederpartij worden gebracht.

Komt een advocaat, niet ingeschreven bij den Hoogen Raad, eene zaak in cassatie bepleiten, dan heeft hij daartoe geen bijzondere toelating noodig. Doch kan van hem worden gevorderd de vertooning van de akte van zijne beëediging, naar de voorschriften van art. 6 van het Reglement III behoorlijk geviseerd. Zie art. 4 § 3 Regl. III. Waarom in de aangehaalde § 3 van vóór alle toelating gesproken wordt, nadat hem de bevoegdheid om op te treden in § 2 wordt toegekend, is alleen te verklaren uit de vroegere bepaling van het Reglement (1844, art. 3 § 3) volgens welke een advocaat, om bij een ander college op te treden dan waarbij hij krachtens inschrijving daartoe bevoegd was, verplicht was vergunning van dat andere college te vragen.

Bij de pleidooien worden de middelen van cassatie in de dagvaarding opgenomen mondeling ontwikkeld en de gegrondheid daarvan bestreden naar aanleiding van de conclusie van antwoord.

Wordt dan schending of verkeerde toepassing van de wet beweerd, dan zal, al moet de rechter in de lagere instantie in zijn vonnis de gronden der uitspraak, zoo wat de feiten als wat het rechtspunt, ieder afzonderlijk, opnemen, toch de vraag zich kunnen voordoen wat al of niet feitelijk is beslist, ook, of de vraag die de rechter besliste, eene feitelijke dan wel eene rechtsvraag is. Daaromtrent valt a priori niet veel te zeggen omdat het meerendeels zal zijn „ius in causa positum"; toch is tot zekere hoogte eene principieele vraag, of de uitlegging door den rechter aan eene overeenkomst gegeven eene rechtsvraag of wel eene feitelijke vraag is, en daarbij zou ik meenen dat men onderscheiden moet. Wanneer de bedoeling welke de partijen met hare bedingen in eene overeenkomst gehad hebben een onderwerp van strijd uitmaakte, dan is de daaromtrent gegeven beslissing zeker eene feitelijke; wanneer evenwel uit de aldus vaststaande bedoeling de aard der overeenkomst door den rechter is afgeleid, dan zal zich daarbij de vraag kunnen voordoen of die overeenkomst tot de benoemde en in de wet onder eigen benaming geregelde behoort, of wel daarbuiten ligt, ook of zij tot deze of gene der benoemde contracten is te brengen. Bij de tot het uitmaken van deze vraag noodzakelijke toetsing aan de bepalingen der wet kunnen wetsbepalingen zijn geschonden of verkeerd toegepast en zal daarin eene rechtsvraag gelegen zijn. Maar ook de uitlegging der overeenkomst kan tot eene rechtsvraag aan-

leiding geven nl. de vraag in hoeverre daarbij de bepalingen van de artt. 1378—1387 buiten toepassing werden gelaten, of soms verkeerdelijk werden in toepassing gebracht. Verg. DIEPHUIS Systeem X bl. 461. Altijd moet daarbij evenwel worden vastgehouden aan de feiten, welke de rechter aan de toepassing van eene of andere hier in aanmerking komende bepaling ten grondslag legde. Daaruit zal meerendeels volgen dat hier ten slotte de feitelijke beslissing verder onderzoek uitsluit. Zoo merkt GARSONNET V § 1108 p. 584 te recht op, bepaaldelijk ten aanzien van de uitsluitende bevoegdheid des lageren rechters met opzicht tot de uitlegging van wilsverklaringen: „leurs jugements tombent sous la censure de la Cour de Cassation dès qu'il s'agit d'apprécier le caractère légal de ces faits et d'en tirer les conséquences de droit qu'ils contiennent." Zie ook ald. bl. 585 onder 3°.

Wat betreft het verzuim der vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven, zoo kan de vraag zich voordoen, of de nietigheid al of niet is voorgeschreven, omdat zij ook het verzuim kan betreffen van een formaliteit die zoozeer tot het wezen der handeling behoort, dat deze niet kan geacht worden rechtens haar beslag te hebben gekregen als de voorgeschreven vorm verzuimd is. Zoo heeft de wetgever het soms noodzakelijk geacht om aan te geven wat tot het wezen der akte behoorde op die wijze dat hij, de vereischten daartoe vaststellende, tevens bepaalde, welk verzuim de nietigheid der handeling zou medebrengen, zooals bij de dagvaarding. En gelijk hij dan in art. 90 bepaalt, dat geenerlei exploit of akte van rechtspleging nietig verklaard kan worden, indien de wet de nietigheid van dezelve niet uitdrukkelijk bepaald heeft, dan blijkt daaruit dat, ten opzichte van die exploiten of akten van procureurs en deurwaarders, geen nietigheid buiten uitdrukkelijk voorschrift mag worden aangenomen. Maar niemand betwijfelt het, of waar b. v. de wetgever den rechter voorschrijft het Openbaar Ministerie te hooren voordat hij zijn vonnis uitspreekt, het verzuim van het hooren van het O. M. een grond is waarop de vernietiging van het vonnis zou kunnen gevorderd worden, dewijl dat hooren van het O. M. eene formaliteit is welke aan het vonnis moet voorafgaan, zonder welke het vonnis niet mocht worden uitgesproken en die, alzoo tot het wezen van die handeling behoorende, haar vitieert wanneer zij is verzuimd.

Partijen kunnen ook van de pleidooien afzien door na het nemen

van de conclusie van antwoord, onder overlegging van de stukken, daarop recht te vragen. Daartoe kan aanleiding bestaan, indien dagvaarding en conclusie van antwoord eene breedere ontwikkeling en bestrijdng van de middelen inhouden of ook indien de verweerder geen tegenspraak doet, dewijl hij van de juistheid van het cassatiemiddel overtuigd is. Dit kan vooral dan plaats hebben, wanneer de rechter in het hoogste ressort ambtshalve een middel toepaste hetzij hij daartoe zijne bevoegdheid aan de wet ontleende of meenende de rechtsgronden aan te vullen, inderdaad op een door partij niet aangevoerd en door haar niet juist geacht middel zijne beslissing deed rusten. Overigens wordt hier in het cassatieproces toegepast wat voor het geding in eersten aanleg en in hooger beroep in art. 144 (oud art. 147) en 347 is bepaald. In het wetboek van 1838 kwam de bepaling niet voor.

Niet altijd loopt het verweren en voldingen zoo eenvoudig af. Verwikkeling van de procedure.

Zoo kan de verweerder vóórdat hij conclusie van antwoord neemt, zekerheidstelling vorderen. Hij moet dit zelfs doen voor alle weren van rechte. Art. 415. Zekerheidstelling.

Dan kan de verweerder bij de conclusie van antwoord exceptien voordragen, die hij, op straffe van verval, alle met het antwoord in die conclusie moet vereenigen, behalve de exceptie van beraad, welke hij op straffe van verval, vóór alle weren, behalve de vordering tot zekerheidstelling, moet voordragen. Art. 411 § 2, 3.

De vordering tot zekerheidstelling en de exceptie van beraad geven derhalve tot eene afzonderlijke behandeling aanleiding. De eischer zal daarop eene conclusie van antwoord hebben te nemen, waarna die incidenten bepleit worden en het Openbaar Ministerie daarover wordt gehoord. Exceptie van beraad.

Doch ook wanneer de exceptien, van anderen aard dan die van beraad, met het antwoord in dezelfde conclusie vereenigd zijn, zal den eischer op zijn verlangen een termijn van hoogstens vier weken worden verleend om op de exceptie bij conclusie te antwoorden. Dit is eveneens toepasselijk wanneer de verweerder zijnerzijds incidenteel beroep heeft ingesteld. Art. 412. Andere exceptiën.

Andere incidenten.

Van incidenten betreffende het bewijs kan in cassatie geen sprake zijn, vermits de feiten, welke den grondslag van het geding uitmaken, buiten beoordeeling liggen van den rechter in cassatie.

Bewijs.

Toch zijn er feiten van processueelen aard die het proces in cassatie beheerschen en bewezen moeten worden. In de eerste plaats komt hier wel in aanmerking het bestaan en de inhoud van de rechterlijke uitspraak waarvan cassatie gevraagd wordt. Wordt eene exceptie van berusting voorgesteld, dan zal van dit feit moeten blijken; evenzoo bij eene exceptie van dading. Hier zal evenwel het bewijs door schriftelijke stukken worden geleverd. Zoodanige stukken, waarop partijen zich dan zullen beroepen, zijn zij gehouden elkander over en weder mede te deelen in afschrift of door nederlegging van de oorspronkelijke ter griffie gedurende minstens drie dagen. Art. 413.

De zekerheidstelling, welke in art. 152 in verband met het opschrift van de 3[de] afd. van tit. III als een voorloopig verzoek wordt gequalificeerd, kan zeker elke verwering voorafgaan. De gedaagde behoeft zich niet te verweren om die zekerheidstelling te vorderen van den eischer. En ofschoon de gedaagde dit nu wel in den regel vooraf doen zal, hij kan ook later nog dien eisch instellen. In eersten aanleg wordt dit, geloof ik, niet betwijfeld. In hooger beroep werd in art. 353, bij de herziening van 1896, bepaald dat de zekerheidstelling vóór alle weren van rechte moet worden gevorderd. De ontwerper onderstelde dat het in eersten aanleg ook zoo was, en volgde hetgeen in 1876 ten aanzien van de cassatie bepaald was. Zie art. 415 laatste lid. Ook de andere bepalingen welke in het hooger beroep ten aanzien van de zekerheidstelling zijn gemaakt, komen met die welke in cassatie gelden overeen. Ik kan dus naar hetgeen ik daaromtrent bij het hooger beroep (hierboven bl. 179) opmerkte verwijzen. Uit de bepalingen van art. 415 volgt dat alleen de eischer in eersten aanleg, wanneer hij den eisch tot cassatie instelt, daartoe gehouden is. Hij zal dit a fortiori zijn, wanneer de eischer zijn Nederlanderschap verloor en daarna een eisch tot cassatie instelt. (Zie hierb. bl. 69). Immers de bepaling van art. 415 § 2 die den oorspronkelijken verweerder vrijstelt, doet dit in de onderstelling dat hij, toen hij als verweerder in het geding werd geroepen, vreemdeling was. Daar evenwel het instellen van incidenteel

beroep den verweerder met opzicht tot de zekerheidstelling niet als eischer doet beschouwen, wordt ook hij die later vreemdeling werd evenmin als eischer in dit geval aangemerkt.

Behalve de exceptie van beraad, die vóór alle weren moet worden voorgesteld, worden ook in cassatie, volgens de wet van 1876, alle exceptiën met het antwoord ten principale vereenigd. Ik verwijs hierbij naar hetgeen ik daarover schreef met opzicht tot het hooger beroep. Doch maak daarbij deze opmerking, dat zich uit den aard der zaak in cassatie niet zoovele exceptiën kunnen voordoen als in eersten aanleg en in hooger beroep. Toch blijft het bezwaar bij mij bestaan, wanneer de niet-ontvankelijkheid beweerd wordt op grond van het laatste lid van art. 99 R. O. en waar het geldt een beroep op dading of berusting, gevallen die men zich ook kan voorstellen dat in cassatie voorkomen. De vraag van berusting behoeft geen langdurig onderzoek en staat dading vast, dan is het geheele onderzoek naar de gegrondheid der cassatie overbodig.

Het voorstellen van eene exceptie zal toch wel eenige vertraging in de behandeling der zaak veroorzaken. Want den eischer moet de gelegenheid gegeven worden om op die exceptie bij conclusie te antwoorden. Hem wordt daartoe volgens art. 412 een termijn van hoogstens vier weken toegestaan, waaromtrent hetzelfde geldt wat ik hierboven omtrent den termijn van de conclusie van antwoord opmerkte. Wat van de exceptiën geldt, geldt ook van een door den verweerder ingesteld incidenteel beroep.

Het incidenteel beroep wordt, op straffe van verval, bij conclusie van antwoord ingesteld en berust, evenals het incidenteel hooger beroep, natuurlijk op eene schending of verkeerde toepassing der wet, waardoor de verweerder zich bij het vonnis benadeeld achtte, waar hij niet in allen deele in het gelijk gesteld werd bij het in het hoogste ressort gewezen vonnis.

Uit het gezegde blijkt dat het cassatieproces uit zijn aard aan incidenten niet rijk kan zijn, als het gepast is in dit opzicht van rijkdom te spreken. Toch kunnen er nog meer voorkomen dan de in den tekst vermelde. Immers ook hier kan er bijv. sprake zijn van de wraking eens rechters. Dit onderwerp wordt dan ook in den eersten algemeenen titel van Boek I behandeld en is zeer zeker van algemeene toepassing, al wordt er in art. 36 alleen van „hof" en „rechtbank" gesproken. Er komen toch in het wetboek

meer bepalingen voor waarin aan „hof" eene uitgebreide beteekenis moet worden toegekend. En is ook niet naar art. 162 der Grondwet de Hooge Raad het opperste Gerechtshof?

Zoo verklaart het zich gereedelijk dat de bepalingen van den derden titel betreffende de incidenten niet als in hooger beroep, zoo ook in cassatie toepasselijk zijn verklaard. Zal men ze evenwel volkomen kunnen missen? Voor de mededeeling van stukken kon zeker eene nadere bepaling overbodig geacht worden. Art. 413 voorziet in hetgeen de vroegere artikelen 407 n^{0}. 1, 408, 410 en 412 bepaalden omtrent de overlegging van stukken bij de nederlegging van de memorie ter griffie. Uit art. 413 blijkt duidelijk genoeg dat niet aldus medegedeelde stukken buiten het geding blijven. Maar wanneer de mededeeling in afschrift plaats heeft, zal dan de wederpartij de bevoegdheid missen om op grond van art. 1925 B. W. a. h. e. de vertooning van het oorspronkelijk stuk te vragen? En zoude zij verstoken zijn van de bevoegdheid om de valschheid van het stuk, bijv. van een overgelegd schriftelijk bewijs van berusting, of van eene acte van dading of van het vonnis zelf te beweren en te bewijzen? Het geval zal zich niet licht voordoen, maar behoort toch tot de mogelijkheden. En als het zich voordoet, zal er dan geen recht gesproken moeten worden? Of zou de Hooge Raad als recht mogen uitspreken dat er niets aan te doen is, omdat, ofschoon men wel bij analogie weten kan, hoe de wetgever zou willen dat de zaak onderzocht en tot klaarheid gebracht werd, dit hier niet kan, omdat de wetgever de vijfde afdeeling van tit. III bij de rechtspleging in cassatie niet toepasselijk heeft verklaard? Het stond vrij wel met eene rechtsweigering van de zijde des wetgevers gelijk. Ook kan het geding in cassatie grond opleveren tot de ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen, vooral nu de wetgever haar bij de wet van 1896 heeft uitgebreid tot het geval dat eene partij ontkent dat de voor haar opgetreden procureur van haar daartoe opdracht gekregen heeft. Art. 272. Of zal men zeggen dat de toepasselijkheid dezer bepalingen vervalt omdat partijen bij den Hoogen Raad door advocaten worden vertegenwoordigd? GARSONNET verwijst voor het désaveu naar het Regl. van 28 Juni 1738 waar de te volgen procedure bij het Hof van Cassatie (toen le Conseil du Roi) voor het désaveu opzettelijk is geregeld. Hetzelfde reglement en de tegenwoordige fransche jurisprudentie laten volgens GARSONNET l. c. § 1152 onder zeker voor-

behoud ook voeging en tusschenkomst in cassatie toe niet alleen van die partijen welke in het geding voor de lagere rechters bij voeging of tusschenkomst zijn opgetreden en die niet in het geding in cassatie geroepen zijn geworden, maar zelfs van hen die in het geding van den lageren rechter geen gevoegde of tusschenkomende partij geweest zijn. In dit laatste geval is bij ons de voeging of tusschenkomst in cassatie stellig uitgesloten als zijnde het beroep alleen aan partijen toegekend; in het eerste geval zouden de bepalingen voor den eersten aanleg en hooger beroep geldende in toepassing kunnen worden gebracht. Maar is een derde verzet tegen een arrest in cassatie denkbaar en is er alzoo te denken aan een middel dat strekken moet om dit te voorkomen? Zie hierover § 191.

Niet-verschijning van partijen. Geen van beide.

Indien de advocaten van geen van beide partijen ten dienenden dage verschijnen, wordt de zaak op de rol doorgehaald. Art. 42 Regl. I.

Advocaat des eischers.

Indien de advocaat des eischers op den bij de dagvaarding of den door den verweerder, bij verkorting van den termijn, aangewezen rechtdag niet verschijnt, wordt tegen den eischer verstek verleend en de verweerder ontslagen van de instantie.

Advocaat van gedaagde.

Indien de advocaat des verweerders niet verschijnt, wordt tegen den verweerder verstek verleend en de conclusiën van den eischer worden toegewezen, ten ware zij den Hoogen Raad ongegrond voorkomen.

Het verstek wordt niet verleend, indien de voorgeschreven termijnen en formaliteiten door den eischer niet werden in acht genomen.

Dit alles geldt alleen bij niet-verschijning op de eerste terechtzitting. Mocht op eene nadere terechtzitting een der advocaten wegblijven, dan wordt met de behandeling der zaak voortgegaan en alleen de aanwezige gehoord.

Wanneer de partijen wegblijven, mist de rechter de hem bewegende kracht. Zijne lijdelijkheid verbiedt hem verder te gaan ook al ware hij tot oordeelen in staat. Is hem niet anders gebleken dan het voornemen van partijen om voor hem te verschijnen, doordien niet anders dan eene inschrijving van de zaak op de rol heeft plaats gehad, dan kan hij niet oordeelen. Daarom behoefde het Reglement ook alleen het geval te voorzien dat de praktizijns van beide par-

tijen afwezig zijn op den dag tot voortzetting van de zaak bepaald. Zou het dan aan de meest gereede partij vrijstaan de zaak weder op de rol te doen inschrijven? Zeker niet. Zij zoude de wederpartij natuurlijk moeten oproepen en daartoe is de eenige legale weg de dagvaarding die alleen van den eischer kan uitgaan, zoodat niet anders dan op nieuw het geding kan worden begonnen, maar dan ook een nieuw geding aanvangt.

De bepalingen omtrent het verstek zijn algemeene bepalingen en dientengevolge ook in cassatie toepasselijk. Art. 425 beperkt alleen het verzet tegen een bij verstek gewezen arrest in cassatie en wijst een bijzonderen termijn daarvoor aan, anders dan in art. 81 en 82 is bepaald. Alzoo blijft het bij art. 75 bepaalde gevolg voor het wegblijven van den eischer, waarbij geen sprake is van verzet en hij zal den aanleg op nieuw kunnen beginnen, indien niet intusschen de termijn van cassatie verloopen is.

Zoo is ook de bepaling van art. 76 van toepassing. Tot het verleenen van verstek en de uitspraak van het profijt daarvan zal de eischer dan wel eene conclusie dienen te nemen. Het geval bij art. 79 voorzien kan zich ook in cassatie voordoen en zal dan ook op de daar voorgeschreven wijze behandeld moeten worden. Vermits verzet niet geheel is uitgesloten, is het ook hier van belang dat tegen alle partijen ten slotte als op tegenspraak recht wordt gedaan, wat de strekking van art. 79 is.

Eindelijk zal ook hier met de nieuwe bepaling van art. 89*a* rekening gehouden moeten worden. Zoo zal de partij die niet verscheen, ten dage voor de conclusie van het Openbaar Ministerie bestemd ter terechtzitting verschijnende, de uitspraak van het vonnis ten profijte van het verstek kunnen voorkomen en zelfs na het nemen dier conclusie, van hare verschijning doen blijken. Want aangezien zij daartoe tijd heeft, „zoolang het vonnis nog niet gewezen is", moet wel art. 89*a* de bepaling van art. 328 § 1 primeeren.

§ 179. HET ARREST.

Uitspraak na raadpleging.

De Hooge Raad (Kamer voor burgerlijke zaken samengesteld uit zeven raadsheeren) neemt de aldus voor hem op de openbare terechtzitting en bij de schriftelijke stukken geinstruëerde zaak, nadat het O. M. conclusie heeft genomen, in overweging en doet uitspraak hetzij dadelijk, hetzij op een dag daartoe door hem te bepalen.

In den regel zal tot de overweging van de zaak en de vaststelling van het arrest eene beraadslaging in raadkamer noodig zijn. Die beraadslaging geschiedt met inachtneming van de daaromtrent voor alle colleges gegeven voorschriften. Art. 100, 26—28, R. O. art. 419 § 1.

Hij zal daarbij geene andere middelen van cassatie in aanmerking mogen nemen dan die welke door den eischer in de dagvaarding of door den verweerder incidenteel bij conclusie van antwoord zijn voorgesteld. Art. 419 § 3. Uitsluitend op de aangevoerde middelen.

Indien de Hooge Raad de aangevoerde middelen ongegrond acht, verwerpt hij den eisch tot cassatie, ten gevolge waarvan het vonnis of arrest tegen hetwelk de eisch tot cassatie was gericht zijne oorspronkelijke kracht blijft behouden. Verwerping.

Indien de Hooge Raad de aangevoerde middelen gegrond acht, vernietigt hij het aangevallen vonnis of arrest en beslist hij de hoofdzaak, zooals de rechter die het vernietigd vonnis of arrest heeft gewezen, dit had behooren te doen of hij verwijst de zaak naar een ander ten einde haar, met inachtneming van de uitspraak van den Hoogen Raad verder te behandelen en te beslissen. Uitspraak op de hoofdzaak of verwijzing, en naar welken rechter de verwijzing plaats heeft, hangt af van de volgende omstandigheden. Vernietiging; beslissing van hoofdzaak. Verwijzing.

Indien het arrest of vonnis vernietigd wordt ter zake van verzuim in de vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven, gelast de Hooge Raad eene nieuwe instructie der zaak, te beginnen met de oudste akte, waarin de nietigheid begaan is en wijst hij de zaak

1°. aan de Arrondissementsrechtbank wanneer de vernietigde uitspraak gewezen werd door een tot haar gebied behoorend kantongerecht;

2°. aan het Gerechtshof tot wiens gebied de Arrondissementsrechtbank behoort door welke het vernietigde vonnis werd gewezen;

3°. aan een ander Gerechtshof wanneer het vernietigd arrest door een Gerechtshof gewezen werd. Art. 106 R. O.

Verwijzing heeft ook plaats indien het vonnis of arrest wordt ver-

nietigd ter zake van onbevoegdheid, in welk geval partijen naar den bevoegden rechter worden verwezen. Art. 421.

Voorts indien een interlocutoir vonnis wordt vernietigd, in welk geval de Hooge Raad het geding, naar den aard der zaak verwijst naar den rechter in eersten aanleg of wel naar dien, welke in hooger beroep uitspraak deed, ten einde de hoofdzaak verder te behandelen met inachtneming van de uitspraak van den Hoogen Raad. Art. 422.

Rechtspraak op de hoofdzaak staat op den voorgrond bij vernietiging van een vonnis of arrest ter zake van overschrijding van rechtsmacht of ter zake van verkeerde toepassing of schending der wet. Doch kan ook hier verwijzing noodzakelijk zijn, indien de eindelijke beslissing der hoofdzaak afhankelijk is van daadzaken, omtrent welker vaststaan de rechter in het hoogste ressort geen beslissing heeft genomen of ook van rechtsvragen welke die rechter onopgelost heeft gelaten.

De verwijzing heeft dan plaats als bij vernietiging van een interlocutoir. Art. 423 en 424.

Wat de behandeling van de zaak in raadkamer betreft verwijs ik naar hetgeen ik daarover schreef bij de behandeling van het rechtsgeding in eersten aanleg. Dl. II § 71 bl. 176 vv.

Waar het college uit zeven raadsheeren bestaat, zal uit den aard der zaak eene raadpleging, als art. 419 voorschrijft, wel in raadkamer moeten plaats hebben. Zelfs wanneer de uitspraak dadelijk geschiedt, behoeft die raadpleging in raadkamer niet te vervallen, aangezien daartoe de openbare terechtzitting kan worden geschorst. Toch kan in spoedeischende en hoogst eenvoudige zaken een vooraf plaats gehad hebbend overleg de raadpleging in raadkamer overbodig maken.

Al had de jurisprudentie van den Hoogen Raad sedert 1838 de noodzakelijkheid niet doen kennen om in de wet eene bepaling op te nemen als waarmede art. 419 in 1876 werd aangevuld, theoretisch kon deze niet overbodig geacht worden. De H. Raad mag dan volgens het derde lid van het aangehaald artikel geene andere middelen van cassatie bij zijne uitspraak in aanmerking nemen dan die, welke in de dagvaarding overeenkomstig art. 406 en bij incidenteel beroep in de conclusie van antwoord zijn voorgesteld. Wanneer men bedenkt dat het rechtsmiddel van cassatie om het belang

der wet, of liever om het belang van den Staat bij eene eenvormige wetstoepassing, is ingevoerd, dan zou het niet zoo vreemd zijn, indien de rechter in cassatie, eens van de zaak gesaisisseerd, het beklaagde vonnis, naar aanleiding van daartegen door de partijen ingebrachte bezwaren, ook zelfstandig toetste aan de wet. Aan den anderen kant mag het goedkeuring verdienen dat, waar de wetgever de behartiging van het belang der wet door de partijen tracht te bereiken, door het eigenbelang van deze er in te betrekken, hij ook overeenkomstig den aard van het burgerlijk proces, aan partijen overlaat om de grenzen te stellen aan den omvang van het geding. En zoo was het niet overbodig hier door eene wetsbepaling te herinneren, dat ook in cassatie het „non ultra petita" toepasselijk is, te meer omdat dit hoofdbeginsel van het burgerlijk proces (zie Dl. I § 14 bl. 116) niet in een regel is gehuldigd, maar uit den inhoud van andere bepalingen moet worden afgeleid. Nu evenwel eens deze bepaling werd opgenomen, had de wetgever er volledigheidshalve kunnen bijvoegen dat op alle voorgestelde middelen moet worden beslist, tenzij reeds op grond van een der aangevoerde de vernietiging van het beklaagde vonnis moet worden uitgesproken. Dan was de terugslag op het bepaalde in n°. 2, 3 en 4 van art. 382 en op de rechtspraak van den Hoogen Raad volkomen geweest. Doch de wetgever heeft bij de vaststelling van de besproken bepaling een ander punt van uitgang gehad. Althans in de Memorie van toelichting op art. 11 (aanvulling van art. 419) werd gezegd, dat de bepaling van art. 406 n$_o$. 1 (oud) hierheen werd overgebracht „omdat het hier niet geldt een vereischte der introductieve acte van het cassatieproces maar een regel, door den Hoogen Raad bij zijne uitspraak inacht te nemen." Ik zou zeggen: het eene sluit het andere niet uit en overbodig vind ik althans niet eene bepaling als die van art. 406 n°. 1, welke in de memorie van cassatie wilde opgenomen hebben „al de middelen van cassatie" en daarbij voegde: „geene andere dan deze kunnen, hetzij op de terechtzitting, hetzij bij schrifturen door partijen worden aangevoerd." Dit moest natuurlijk dan ook op het incidenteel beroep toepasselijk zijn gemaakt. Nu mist men dat voorschrift, daar art. 406 eenvoudig bepaalt dat de dagvaarding bevat eene omschrijving der middelen van cassatie en moet men de analogie van art. 134 te hulp roepen om het aanvoeren van andere middelen na de dagvaarding uit te sluiten.

Uit de bepaling van art. 419 § 3 volgt o. a. ook nog dit, dat,

ofschoon de rechter verplicht is zich ambtshalve onbevoegd te verklaren, wanneer hij dit is zoo gezegd ten aanzien van het onderwerp des geschils, wel door eene partij daarvan een grond van cassatie kan worden gemaakt door schending te beweren van de wetsbepaling, welke de rechter verplicht was geweest ambtshalve toe te passen, maar dat de Hooge Raad niet ambtshalve het bestreden vonnis mag vernietigen op grond dat de eerste rechter zich ambtshalve onbevoegd had moeten verklaren.

Het gevolg eener verwerping van den eisch tot cassatie waarover de wet niet spreekt en ook niet behoefde te spreken, omdat er dan door den rechter in cassatie niets te regelen valt, gaf ik in den tekst aan. Geheel overbodig is het niet, wanneer de Hooge Raad den eisch tot cassatie verwerpende, daarbij voegt dat het bestreden arrest volkomen gevolg zal hebben (of effect zal sorteeren), omdat de ingestelde eisch de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis heeft geschorst en de wetgever daar niet bijvoegt hoelang die schorsing duurt.

Vernietigen en de hoofdzaak beslissen of verwijzen hangt af van de gevallen waarin en de omstandigheden waaronder vernietigd wordt.

Dat bij vernietiging wegens verzuim der vormen (verg. Dl. I § 46 bl. 402) eene terugwijzing naar den rechter, die ook over de feiten van het geding oordeelt, plaats heeft is geheel in overeenstemming met den aard van de rechtspraak in cassatie. Het geding blijkt voor den lageren rechter niet regelmatig gevoerd te zijn en moet derhalve op nieuw gevoerd worden van af de eerste akte waarin de nietigheid begaan is, d.w.z. de eerste handeling in strijd met de wet verricht. Deze nietige handeling bederft alles wat daarop volgde. Maar dat geding kan niet bij den rechter in cassatie worden opgenomen. Dat het nu bij een hoogeren rechter wordt gebracht dan dien welke de nietige handeling toeliet of verrichtte is zeker bevorderlijk aan eene onvertogen rechtspraak. Men zal daarbij wel moeten aannemen dat nu, wanneer het vonnis van eene arrondissements-rechtbank wordt vernietigd, de zaak naar het Gerechtshof wordt verwezen, al was zij naar de wet voor hooger beroep niet vatbaar en dat, indien de zaak wel voor hooger beroep vatbaar is, het Gerechtshof als bij prorogatie in het hoogste ressort zal recht-

spreken. Maar hoe zal het gaan wanneer de vernietigde uitspraak uitging van het Kantongerecht? Wegens verzuim der vormen kunnen de vonnissen van Kantonrechters in het hoogste ressort gewezen niet anders worden vernietigd dan „ter zake dat dezelve de gronden niet inhouden, waarop zij zijn gewezen, of niet met open deuren zijn uitgesproken." Waarin zal nu de nieuwe instructie van de zaak bestaan, als die met de oudste akte moet beginnen waarin de nietigheid begaan is, terwijl die akte het vonnis zelf is? Moet de rechtbank het vonnis opnieuw wijzen? maar waaraan zal zij dan de daarin ontbrekende overwegingen ontleenen? Aan voordrachten van de partijen? Maar dan begint de geheele instructie op nieuw! En als de vernietiging plaats heeft op grond van niet-uitspraak in het openbaar, dan is eigenlijk de uitspraak, niet het vonnis zelf, de oudste nietige handeling. Moet dan de uitspraak vernietigd en het vonnis des Kantonrechters op eene openbare terechtzitting van de Rechtbank door den president worden uitgesproken? Hetzelfde kan zich voordoen wanneer een Rechtbank een verzuim als de hier vermelde mocht hebben begaan. Ik spreek maar van de Kantongerechten, omdat de wetgever daarbij uitdrukkelijk de verzuimen in het vonnis vermeldt en dus daaraan zal moeten gedacht hebben, toen hij de behandeling der zaak in art. 106 R. O. voorschreef.

In geval van onbevoegdheid. De lagere rechter heeft zich ten onrechte bevoegd of onbevoegd verklaard. De Hooge Raad de gegrondheid van het daarop gegrond middel van cassatie erkennende, kan hier niet op de hoofdzaak recht doen, al is ook de hoofdzaak bij het bestreden vonnis beslist of voor hem behandeld, welk een en ander, nu ook de exceptie van onbevoegdheid met de overige weren moet worden vereenigd, het geval zal zijn. Immers, indien de lagere rechter zich bevoegd verklarende de hoofdzaak besliste, zal, indien de Hooge Raad hem onbevoegd acht, de hoofdzaak door een onbevoegden rechter beslist zijn en is eene beslissing van den bevoegden rechter noodig, omdat het de vraag kan zijn of de wet op de hoofdzaak wel juist werd toegepast. Verklaarde de rechter zich onbevoegd, terwijl de Hooge Raad hem bevoegd oordeelt, dan heeft die rechter zich over de hoofdzaak niet uitgelaten en al werd de zaak door partijen geinstrueerd en bepleit, van schending der wet of verkeerde toepassing kan geen sprake zijn. In het eerste geval zal dan de H. Raad den lageren rechter die hem bleek onbevoegd te hebben geoordeeld onbe-

voegd verklaren en dientengevolge het bestreden vonnis vernietigende, de zaak naar den bevoegden rechter, met name in zijn arrest aangeduid, verwijzen om door dezen te worden onderzocht en beslist. Men krijgt dan eene hernieuwde instructie met pleidooien en de kosten daarvoor voor den eersten, nu onbevoegden, rechter gemaakt zullen wel frustratoir blijken te zijn, maar moeten toch door partijen worden betaald en zullen dan ten laste komen van de partij die bij den onbevoegden rechter het proces won en wellicht door den op nieuw oordeelenden rechter ook in het gelijk wordt gesteld.

In het tweede geval, wanneer de H. Raad den rechter die zich onbevoegd verklaarde, bevoegd acht, zal hij met vernietiging van diens vonnis of arrest, de zaak naar den eersten rechter terugwijzen om de hoofdzaak met inachtneming van 's Raads arrest, dat zijne bevoegdheid uitmaakte, te beslissen. Dan begint ook daar de instructie op nieuw want de conclusiën voor de eerste maal bij den lageren rechter genomen moeten in ieder geval, daar zij ook over de bevoegdheid liepen, overgewerkt worden. En de pleidooien? Men zie art. 47 § 1 en beslisse, naar de onderstelling waarvan het uitgaat, of het geraden kan geacht worden in zoodanig geval, waar de indruk der pleidooien op de hoofdzaak zooveel geringer moet geweest zijn, nu de rechter zijne onbevoegdheid dacht uit te spreken, op de stukken recht te vragen en van pleidooien af te zien.

In de hier onderstelde gevallen, — en van het laatste deed zich nog in 1896 een voorbeeld voor waarin de Hooge Raad den lageren rechter bevoegd verklaarde nadat èn de rechter in eersten aanleg èn die in hooger beroep de onbevoegdheid hadden aangenomen (zie arr. H. Raad van 12 Maart 1896, Weekbl. 6782), — wordt zeker de beslissing op de hoofdzaak wel vertraagd door eene afzonderlijke behandeling van eene exceptie van onbevoegdheid in eersten aanleg en in cassatie, maar zou de nu voorgeschreven vereeniging van alle middelen hier verkorting in tijd en besparing van kosten aanbrengen?

Art. 421 zegt eenvoudig dat de Hooge Raad in geval van vernietiging ter zake van onbevoegdheid partijen verwijst „daar en waar het behoort." Dat een lagere rechter in een geval van onbevoegdverklaring deze woorden van de wet zelve gebruikt en zich onthoudt van een anderen rechter met name aan te wijzen, komt mij volkomen correct voor. Aan hem is het niet over eens anders bevoegdheid te beslissen en de rechter aan wiens oordeel, na onbevoegdver-

klaring van een ander, de zaak onderworpen wordt, blijft het recht behouden om zijne eigene bevoegdheid of onbevoegdheid te beoordeelen en zich, niettegenstaande eene bepaalde verwijzing, onbevoegd kunnen verklaren. Maar de bevoegdheid van den Hoogen Raad is eene andere dan die der lagere rechtbanken en al bevat art. 421 niet uitdrukkelijk deze bepaling, hij kan de inachtneming zijner uitspraken aan den lageren rechter opleggen. Ook zoude hij niet aan zijne roeping beantwoorden om toezicht te houden op den geregelden loop en de afdoening der rechtsgedingen, indien hij een bepaalden rechter onbevoegd verklarende, niet tevens den bevoegden rechter met name aanwees.

Vernietiging van een interlocutoir. Het ligt voor de hand dat de Hooge Raad de hoofdzaak niet kan beslissen, zoolang er bij den lageren rechter nog gestreden wordt over het bewijs der feiten. De vernietiging van een interlocutoir zal ten gevolge hebben dat een bij het bestreden vonnis bevolen bewijs door het daarbij aangeduid bewijsmiddel niet plaats heeft en dan moet bij den lageren rechter worden uitgemaakt, wat er verder geschieden moet om de hoofdzaak in staat van wijzen te brengen. Indien evenwel bij het bestreden vonnis de aanwending van een bewijsmiddel ten onrechte was ontzegd, dan zal dit bij den lageren rechter moeten worden in toepassing gebracht. In beide gevallen heeft de Hooge Raad vooreerst afgedaan en hij kan niet anders dan de behandeling van de zaak terugwijzen naar den rechter, welke in eersten aanleg of in hooger beroep heeft recht gedaan, naarmate de behandeling in eersten aanleg of in hooger beroep zal moeten worden voortgezet. Dit behoort dan natuurlijk met inachtneming van 's Hoogen Raads uitspraak te geschieden, die door zijn arrest de richting aangaf in welke de behandeling van het geding behoort plaats te hebben volgens de wet.

Wanneer de eisch tot cassatie werd verworpen, dan is het aan de voortzetting van het geding in den weg geworpen struikelblok opgeheven.

Overschrijding van rechtsmacht. Wanneer de Hooge Raad, bij vernietiging van een arrest wegens overschrijding van rechtsmacht, zelf de hoofdzaak moet beslissen in den zin waarin de rechter, welke het vernietigd arrest heeft gewezen, had behooren te

doen, of de zaak aan hem moet terugwijzen omdat er nog daadzaken bewezen of rechtsvragen beslist moeten worden om over de hoofdzaak uitspraak te kunnen doen, dan is het duidelijk dat hier overschrijding van rechtsmacht niet kan worden opgevat in de beteekenis van rechtspraak op het gebied van eene andere dan de rechterlijke macht. Had toch de lagere rechter ten onrechte zich begeven op het gebied eener andere macht, dan zou noch van eene beslissing van den Hoogen Raad, noch van eene terugwijzing sprake kunnen zijn. Had daarentegen de lagere rechter zich ten onrechte aan de zaak onttrokken en alzoo de zaak zelve onbeslist gelaten, dan zou er voor den Hoogen Raad geen arrest op de hoofdzaak te vernietigen zijn en derhalve ook niet een ander daarvoor in de plaats gesteld kunnen worden. De bepaling van art. 421 zou dan moeten zijn toegepast behalve dat de Hooge Raad, al gaf hij in zijne overwegingen te kennen welke macht de hier bevoegde zou zijn, niet aan die macht de beslissing zou kunnen opdragen.

Ik meen alzoo dat uit deze bepaling duidelijk blijkt dat overschrijding van rechtsmacht moet worden opgevat in de beteekenis die ik daaraan gaf Dl I bl. 404. Overschrijding van rechtsmacht in den zin van treden op het gebied van eene andere macht valt hier onder bevoegdheid van art. 421.

Verkeerde toepassing of schending der wet. Bij vernietiging op dezen grond zal de Hooge Raad buiten het oorspronkelijk karakter van den cassatierechter treden en op de hoofdzaak recht doen, waardoor de cassatie, in verband met de aan den eisch tot cassatie toegekende schorsende kracht van het vonnis, het karakter aanneemt van eene derde instantie.

Cassatie van verstekvonnis.

Op dezelfde wijze en met hetzelfde gevolg als hierboven werd aangewezen wordt de cassatie uitgesproken van een bij verstek gewezen vonnis, om het even of de gedaagde in cassatie verstek liet gaan of tegenspraak heeft gedaan. Wordt de cassatie verworpen dan kan de eischer het bij verstek verkregen vonnis tenuitvoerleggen behoudens het verzet van den bij verstek veroordeelde binnen den bij de wet bepaalden tijd. Artt. 401, 402, 403.

In eersten aanleg en in hooger beroep wordt den eischer bij verstek gelijk gegeven, wanneer de eisch den rechter niet onrechtmatig

noch ongegrond voorkomt. Vooral in eersten aanleg zal de rechter die alleen den eischer hoort en van den gedaagde mag onderstellen dat hij niets tegen den eisch heeft in te brengen, er licht toe komen om den eischer gelijk te geven. Minder licht in hooger beroep, omdat daar tegenover den eisch een vonnis staat dat den eischer gelijk gaf. In cassatie waar de feiten vaststaan en de rechter het onderwerp van den strijd uit het bestreden vonnis verneemt en het alleen op het recht verstand der wet aankomt, blijft de te beslissen vraag dezelfde of beide partijen dan slechts een hunner gehoord wordt.

Wordt in het hier onderstelde geval, dat de eischer tegen een bij verstek door hem verkregen vonnis in cassatie komt, de cassatie verworpen, dan kon zij onmogelijk ten gevolge hebben dat de aanwending van dit middel alleen den verweerder zijn recht van verzet tegen het in cassatie door den eischer eenzijdig bestreden vonnis zou doen verliezen. Maar verliest hij er dit niet mee, hij wint er evenmin mee, en zijn recht van verzet blijft afhankelijk van die omstandigheden, waarin het door den wetgever in de daartoe betrekkelijke bepalingen in 't algemeen afhankelijk gesteld werd.

Het arrest van den Hoogen Raad behoort evenals alle andere vonnissen eene uitspraak over de kosten te bevatten, indien daartoe eisch werd gedaan. De Raad zal daarbij de artt. 56 en 57 in verband met art. 418 hebben te volgen en moet tot de bepaling daarvan overeenkomstig art. 56 § 4 door de advocaten in de gelegenheid worden gesteld. Kosten.

Ook in cassatie kan toelating tot kosteloos procedeeren worden verleend. Daaromtrent gelden de bepalingen van de 10e afd. van tit. VI van het IIIe Boek.

Ik kan hier alzoo naar § § 74 en 75, in Dl. II, verwijzen waar ik de kosten van het proces en de kostelooze toelating in eersten aanleg heb besproken.

De vraag of de kostelooze procedure ook in cassatie kan worden toegelaten, wordt in art. 865 in terminis beslist. Wanneer daar bepaald wordt, dat de toelating in eersten aanleg ook geldt voor het hooger beroep en voor de cassatie, indien de verkrijger der toelating in het gelijk werd gesteld, terwijl hij in eersten aanleg in het ongelijk gesteld zijnde, voor het hooger beroep en voor de cas-

satie eene nieuwe toelating behoeft, dan geloof ik dat men deze bepaling in dien zin behoort te verstaan dat, wanneer de verkrijger in eersten aanleg in het ongelijk doch in hooger beroep in het gelijk gesteld werd, de toelating in hooger beroep ook die in cassatie van zelf medebrengt, terwijl wanneer hij in eersten aanleg in het gelijk, doch in hooger beroep in het ongelijk gesteld werd, voor de cassatie eene nieuwe toelating noodig is.

Wanneer in art. 865 gezegd wordt dat in hooger beroep of in cassatie de toelating geschiedt op dezelfde wijze als voor den eersten aanleg is voorgeschreven, dan kan daar moeilijk uit worden afgeleid dat in de voorgaande artikelen alleen van den eersten aanleg sprake was, daar toch steeds van Hof of Rechtbank wordt gesproken en het niet aangaat te onderstellen dat de wetgever bij de vermelding van het Hof het oog zou hebben gehad op de bijzondere gevallen waarin de Hoven in eersten aanleg recht spraken of, terwijl onder Hof ook de Hooge Raad begrepen is, op die gevallen waarin de H. Raad rechtspraak in eersten aanleg had. Ik meen alzoo te mogen aannemen, dat ook voor het eerst in hooger beroep of in cassatie de toelating kan worden gevraagd, in overeenstemming met Mr. G. Brouwer, Armenrecht, Acad. proefschr. Leiden 1885, bl. 81.

Al spreekt art. 865 § 2 van de toevoeging van een advocaat en procureur, het Hof zal thans slechts één praktizijn die beide functies waarneemt, de Hooge Raad een advocaat toevoegen. Voor de cassatie heeft toch de H. Raad geen procureur te zijner beschikking meer.

Aanm. Behalve de in de wet op de rechterlijke organisatie vermelde gronden van cassatie, wordt dit middel ook toegelaten indien door verschillende gerechtshoven of rechtbanken in het hoogste ressort tegenstrijdige vonnissen zijn gewezen tusschen dezelfde partijen en welke daarbij dezelfde gronden hebben aangevoerd.

De Hooge Raad vernietigt dan alleen het laatst gewezen vonnis of arrest; daarmede wordt de strijd opgeheven en het eerstgewezen vonnis of arrest in stand gehouden. Dit laatste verklaart de Hooge Raad door in zijn vernietigend arrest tevens te gelasten dat het eerste vonnis of arrest naar zijnen vorm en inhoud zal worden ten uitvoer gelegd. Art. 427.

Verg. Dl. I, § 46 bl. 406 v. Terecht merkt GARSONNET (§ 1114) op, dat de redactie van art. 504 C. de pr. waarvan art. 427 op dit punt de getrouwe vertaling is, onnauwkeurig is, wanneer het spreekt van in het hoogste ressort gewezen vonnissen, daar het eerste der beide vonnissen zeer wel niet in het hoogste ressort kan zijn gewezen, maar dit door berusting kracht van gewijsde kan hebben verkregen omdat degene die het verkreeg, daarmede tevreden is geweest en eerst het tweede vonnis die tevredenheid verstoorde. Het is dan ook eene niet al te gedwongene uitlegging, wanneer men de uitdrukking het hoogste ressort hier met opzicht tot het eerste vonnis in de beteekenis opvat van niet meer door een middel van voorziening te bestrijden te zijn. Overigens maakt ons art. 427 deze uitlegging te gemakkelijker omdat er uitdrukkelijk in bepaald wordt dat het middel van cassatie tegen het laatstgewezen vonnis of arrest worde gericht. Het is dus bepaaldelijk het laatste dat in overeenstemming met art. 103 R. O. in het hoogste ressort gewezen moet zijn. Het komt in den franschen Code duidelijker uit dan in onze wet, hoe deze bepaling hare aanleiding heeft gevonden in art. 480, 6°. C. de p. (art. 382 5°. B. R.) en als een terugslag is op het geval dat door denzelfden rechter tegenstrijdige vonnissen gewezen worden. Kon daarop request civiel worden toegepast, wat in het hier voorkomend geval niet aanging, zoo vroeg men, wat dan? en in den titel betreffende „la requête civile" gaf nu de fransche wetgever daarop het antwoord door te verwijzen naar het middel van cassatie, waarover hij in den C. d. pr. niet handelde. Bij ons kreeg de bepaling hare plaats in den titel van de wijze van procedeeren in cassatie, omdat daarbij als in cassatie geprocedeerd wordt en niet in de R. O. omdat, gelijk in de Memorie van toelichting op art. 79 n°. 3 Ontw. GODEFROI terecht werd opgemerkt, het hier eer geldt een speciaal attribuut van den rechter in cassatie, dan een cassatiemiddel in de eigenlijke beteekenis daarvan naar de Grondwet.

Men moet hier natuurlijk aan gevallen denken dat erfgenamen, onbekend met een vroegere uitspraak, het geding over dezelfde zaak op nieuw gaan voeren, in het ongelijk gesteld worden en dan een vroeger in 't voordeel van den erflater gegeven uitspraak ontdekken. Verg. GARSONNET t. a. p. Maar bestaat ook in zoodanig geval een voldoend verschoonbare onwetendheid om een zoo buitengewoon middel als hier gegeven wordt, te rechtvaardigen?

TITEL III.

§ 180. CASSATIE „IN HET BELANG DER WET".

Aan wien toegekend? Welk gevolg voor partijen?

De Procureur-generaal bij den Hoogen Raad zal zich „in het belang der wet" in cassatie kunnen voorzien, na verloop der termijnen aan de partijen toegestaan, zonder dat het te wijzen arrest eenig nadeel kan toebrengen aan de rechten door partijen verkregen. Art. 98 R. O.

Partijen hebben de vrije beschikking over hare rechten. Het staat aan haar of zij bij beweerde krenking die willen handhaven of verdedigen. Al zijn zij van een haar aangedaan onrecht nog zoo zeer overtuigd, aan haar zelve alleen het oordeel, of zij van de haar daartegen ter beschikking staande rechtsmiddelen gebruik willen maken. Dit geldt ook van het rechtsmiddel van cassatie. Maar dewijl dit tevens strekt tot handhaving van eene eenvormige toepassing der wet, zonder welke de eenparigheid van wetgeving over het geheele Rijk hare beteekenis zou kunnen verliezen, eischt het belang van de wet dat ook voor die eenvormige toepassing worde gewaakt, zonder dat dit afhankelijk is van de willekeur der bijzondere personen. Vandaar de opdracht aan den Procureur-generaal bij den Hoogen Raad om voor dat belang der wet op te komen en eene uitspraak van den Hoogen Raad over de juiste beteekenis der wet uit te lokken, ook als partijen van het rechtsmiddel van cassatie geen gebruik maken. De wet zegt „na verloop van de termijnen aan partijen toegestaan". Dit is niet volkomen nauwkeurig. Want, wanneer een vonnis in eersten aanleg gewezen is en daarvan niet in hooger beroep is gekomen, dan krijgt het vonnis daardoor wel de kracht van een vonnis in het hoogste ressort, maar het werd niet in het hoogste ressort gewezen. Partijen hebben derhalve de bevoegdheid niet om van zoodanig vonnis in cassatie te komen en zoo kunnen, ook wijl hun daartoe geen termijnen zijn toegestaan, de termijnen aan partijen toegestaan niet verloopen. Toch lijdt het geen twijfel, of de procureur-generaal zal zich tegen zoodanig vonnis in cassatie kunnen voorzien, daar het de kennelijke bedoeling is hem die bevoegdheid toe te kennen wanneer partijen die niet hebben. Maar dewijl partijen zelve te oordeelen hebben of zij, gebruik makende van het middel van cassatie, wijziging willen trachten te ver-

krijgen in hare rechtsverhouding zooals die door het vonnis bepaald werd, zoo moet dit niet tegen haren wil geschieden en alzoo de cassatie in het belang der wet uitgesproken geen invloed hebben op hare rechtsverhouding zooals die bij het vonnis werd bepaald.

De Procureur-generaal kan zich ook in het belang der wet in cassatie voorzien tegen de vonnissen door de kantonrechters in het hoogste ressort gewezen in de gevallen waarin het middel van cassatie aan de partijen is ontzegd. Art. 99 laatste lid, R. O.

Ofschoon partijen zich tegen de door de kantonrechters in het hoogste ressort gewezen vonnissen alleen in cassatie kunnen voorzien op grond van onbevoegdheid of overschrijding van rechtsmacht of indien zij de gronden niet inhouden of niet met open deuren zijn uitgesproken, staat de cassatie in het belang der wet ook op de andere in art. 99 vermelde gronden open. Al wordt in het laatste lid van art. 99 eigenlijk geen zoodanige uitzondering op de toelating van het middel van cassatie gemaakt, als waarop het tegenwoordig art. 165 der Grondwet doelt, het wordt daar toch in toepassing aanmerkelijk beperkt en het is niet te ontkennen, dat de invloed van de cassatie in het belang der wet op de hier bedoelde vonnissen der kantonrechters aanmerkelijk is verzwakt, nu de kantonrechters voor hun leven worden aangesteld. Doch ook hierin ligt geen bezwaar, indien men alhans met den franschen wetgever instemt, die, toen hij bij art. 15 de la loi du 25 Mai 1838 de cassatie van de vonnissen der vrederechters tot overschrijding van rechtsmacht beperkte, gewild heeft „que le juge de paix libre des entraves qui enchaînent les autres juges n'eût d'autre législateur que sa sagesse" volgens GARSONNET § 1089 of indien men hecht aan de reden welke die schrijver laat volgen: „et surtout que les parties ne pussent pas, pour un intérêt modique, mettre en mouvement à grands frais la plus haute autorité judiciaire", met aanhaling van HENRION DE PANSEY de la compétence des juges de paix p. 508 et suiv. Men vindt hier overigens de toepassing van het ook in art. 98 R. O. gehuldigde beginsel dat cassatie in het belang der wet wordt toegelaten, waar zij voor de partijen vervalt.

De redactie van het laatste lid van art. 99 is niet nauwkeurig. Als de vonnissen niet anders kunnen worden vernietigd dan wegens onbevoegdheid enz., wat helpt dan den Procureur-gene-

raad de hem toegekende bevoegdheid om de vernietiging te **vragen**? Men komt, door alleen op de letter te letten, ook hier niet uit.

Procedure. De Procureur-generaal doet de zaak inschrijven op de rol voor de terechtzitting op welke hij zich voorstelt den eisch tot cassatie in het belang der wet in te stellen. Op die terechtzitting wordt de zaak van de rol afgeroepen en de Procureur-generaal neemt zijn requisitoir, hetwelk hij met de stukken aan den Hoogen Raad overlegt, die den dag der uitspraak bepaalt.

Op welke wijze zal de Procureur-generaal bij den Hoogen Raad dien eisch tot cassatie doen en hoe zal deze door den Hoogen Raad behandeld worden? Wanneer het Openbaar Ministerie als hoofdpartij werkzaam is, zal het de gewone wijze van rechtsvordering volgen, zegt art. 323. En zeker is de Procureur-generaal hier, in tegenstelling van de gevallen waarin hij in zijne conclusiën gehoord wordt, hoofdpartij. Doch ik heb reeds de gelegenheid gehad op te merken (hierboven bl. 246) dat de Procureur-generaal hier zelf en niet door een advocaat bij den Hoogen Raad vertegenwoordigd optreedt. Ook kan hij de zaak niet bij eene dagvaarding aanhangig maken; van eene conclusie der tegenpartij is natuurlijk evemin sprake en waar zijn de partijen die pleidooien houden, waar het O. M. dat op een eisch van den Procureur-generaal kan worden gehoord?

De zaak kan alzoo wel niet anders behandeld worden dan op de wijze waarop het O. M. in andere gevallen optreedt, waar het zonder eene tegenpartij te hebben, van den rechter de toepassing der wet verlangt, zooals dit in den tekst wordt aangewezen.

Het spreekt van zelf dat, terwijl de wetgever niet voorschrijft dat de zaak in raadkamer wordt behandeld, daarvoor geen reden bestaat en dat de openbaarheid der rechtspleging ook hier gehandhaafd moet worden. Door het brengen van de zaak op de rol wordt de President in kennis gesteld met de te verwachten behandeling van deze zaak als met die van andere te behandelen zaken en krijgt de Procureur-generaal van zelf de gelegenheid om de zaak ter terechtzitting aan te brengen en voor te dragen.

In het Ontwerp 1865 worden bijzondere bepalingen voor de behandeling van de cassatie in het belang der wet voorgesteld, die evenwel bij de herziening van de rechtspleging in cassatie in 1876

niet in aanmerking zijn gekomen. Daar wordt in art. 29 van tit. VI van B. III bepaald, dat de Procureur-generaal het beroep instelt door middel van eene verklaring ter griffie waarvan de griffier eene akte opmaakt die hij met den Procureur-generaal onderteekent, terwijl dan de President den dag bepaalt waarop de zaak ter terechtzitting zal dienen en de griffier zorg draagt voor de inschrijving op de rol. Ten dage voor de behandeling bepaald (waarvan dan ook weder aan den Procureur-generaal moet worden kennis gegeven) neemt dan de Procureur-generaal zijn requisitoir, zooals ik hierboven in den tekst aanwees.

De Hooge Raad zal bij zijne uitspraak de regelen volgen welke bij artt. 105, 106 R. O. en artt. 419—424 B. R. zijn voorgeschreven, zonder dat daarbij van eene verwijzing naar een lageren rechter sprake kan zijn. De Hooge Raad kan geen andere gronden van cassatie in aanmerking nemen dan die door den Procureur-generaal aangevoerd. Onderzoek en uitspraak.

Dat in het algemeen de Hooge Raad bij zijne uitspraak de voorschriften heeft in acht te nemen welke voor de cassatie in het algemeen zijn voorgeschreven, kan, nu hier niets naders bepaald is, wel niet twijfelachtig zijn. Dat evenwel wat geen doel kan treffen, zooals de verwijzing van de behandeling der zaak naar een anderen rechter, vervalt, spreekt eveneens van zelf.

Terecht werd in het Ontwerp 1865 de bepaling opgenomen dat de cassatie in het belang der wet ook kan worden uitgesproken op grond van door den Procureur-generaal niet aangevoerde middelen. Al neemt de rechter nimmer het initiatief, zoodra hij eens van eene zaak kennis neemt, treedt hij ambtshalve voor de openbare orde op. En wat is meer van openbare orde dan de eenvormige toepassing der wet waar die in het belang der wet gevraagd wordt? Intusschen wordt daartoe naast art. 419 § 3 eene uitdrukkelijke bepaling vereischt, die de wetgever tot dusver niet gemaakt heeft.

Aanm. De cassatie van beschikkingen op rekest (artt. 428 en 429) wordt door mij om dezelfde reden als het hooger beroep van zoodanige beschikkingen buiten behandeling gelaten.

AFDEELING V.

REQUESTE CIVIEL (*).

§ 181. IN HET ALGEMEEN.

Beschrijving. Onder de benaming van requeste civiel wordt aan partijen een middel gegeven om, op bepaald bij de wet aangegeven gronden, de herroeping te vragen van een tusschen haar in het hoogste ressort gewezen vonnis of van een vonnis bij verstek gewezen dat voor verzet niet meer vatbaar is, bij den rechter die dat vonnis wees. In het algemeen kan men van den aard der gronden, waarop het middel rust, dit zeggen, dat het vooreerst geldt bijzondere gevallen waarin de rechter niet heeft mogen rechtspreken gelijk hij deed, en voorts dat het vonnis berust op een dwaling in de feiten, door bedrog of valschheid of ook door onwetendheid der partijen, bij den rechter ontstaan.

In een bijzonder geval is het middel gedeeltelijk als een privilegie aan minderjarigen toegekend. — De herroeping kan tot verbetering van het vonnis leiden.

Door dit middel wordt, dit blijkt uit bovenstaande omschrijving, in zekeren zin inbreuk gemaakt op de kracht aan het gewijsde toegekend en tevens aan het bij de wet aangenomen beginsel, o. a. in toepassing gebracht bij een ten onrechte niet toegelaten of niet bevolen bevel van tenuitvoerlegging bij voorraad, volgens hetwelk de rechter in het eens door hem uitgesproken vonnis geen verandering mag brengen. Hier toch wordt aan den rechter, die het vonnis wees in het hoogste ressort, de bevoegdheid toegekend om dit vonnis op aanvraag van eene der partijen te herroepen. Het mag daarom voorzeker een buitengewoon middel genoemd worden, al heeft onze wetgever het niet noodig geacht, zooals de fransche wetgever dit deed, het met het derde verzet en de prise à partie, welk laatste middel bij ons verviel, in een afzonderlijk boek van het 1e ged. van zijn Code, onder de voies extraordinaires pour attaquer les juge-

(*) Een met talent geschreven proefschrift leverde J. H. D. SCHENKENBERG VAN MIEROP onder den titel: Requeste civiel te Leiden in 1890 verdedigd.

ments, op te nemen. De bevoegdheid aan partijen toegekend om van den rechter die eene beslissing gaf, vernietiging daarvan te vragen is overbodig, waar andere middelen gegeven zijn om door een hoogeren rechter die beslissing te doen herzien; het zou niet dan tot verwarring leiden; de bevoegdheid om van den rechter die het vonnis wees verbetering te vragen waar dit vonnis kracht van gewijsde had bekomen, zou met het karakter van een gewijsde en de reden waarom daaraan formeele waarheid werd toegekend, in strijd zijn. Uit een en ander volgt dat er voor de toepassing van een middel, waaraan die strekking toch is toegekend, bepaalde redenen moeten bestaan, dat het alleen in bepaalde door de wet aangewezen gevallen in toepassing kan komen. Men vergete niet, dat aan het gewijsde ten behoeve van de rechtszekerheid, die een einde van den strijd tusschen partijen eischt, wel de kracht van waarheid, maar toch ook niet dan formeele waarheid werd toegekend. „Res iudicata pro veritate HABETUR." Maar de rechtsorde, die rechtszekerheid verlangt, mag deze niet verlangen noch bevorderen, wanneer daardoor onrecht tot recht zou worden verheven. Het aannemen van de waarheid van het gewijsde, hoe noodzakelijk ook en hoezeer uit zich zelve op juisten grondslag berustende, mag geen superstitie worden. Waar het blijkt dat zij tot handhaving van onrecht zou leiden, moet dit zooveel mogelijk worden voorkomen. Kan de wet dit niet altijd; waar het kan moet ook de wet verhinderen dat het onrecht dat zij schiep in recht worde herschapen, „ne summum jus fiat summa injuria." En dit kan de wet zeker ook zonder de aan het gewijsde toegekende kracht te verzwakken, wanneer kan worden aangetoond dat de rechter tengevolge van een door bedrog of valschheid gewekte dwaling, waarvoor ook de in het ongelijk gestelde partij hem niet heeft kunnen behoeden, op onware feiten zijn vonnis wees. En de wet moet dan wel tot een buitengewoon middel komen, wanneer geen der gewone middelen tot verbetering van het vonnis meer aangevoerd kunnen worden. Dit belet niet dat zoodanig middel niet alleen tot bepaald aangewezen gevallen wordt beperkt, maar ook dat aan de gelegenheid om van de onjuistheid van het vonnis te doen blijken tijdelijke grenzen worden gesteld. Zoowel uit hoofde van de onzekerheid der deugdelijkheid van de bewijzen na zeker tijdsverloop, alsook omdat de rechtsbetrekkingen zich zelfs naar een misschien onrechtmatig gewezen vonnis hebben geschikt als wanneer het soms niet minder nadeelig zou kunnen zijn

daarin verandering te brengen dan ze met rust in den eens door het vonnis bepaalden toestand te laten voortbestaan.

Het middel van request civiel was in onze oud-hollandsche procedure bekend als een middel om in een geding herstel (relief) te bekomen van verzuimen in het proces gepleegd (judicieele relieven) of tegen handelingen de zaak zelve betreffende als contracten, teekenen van acten enz. (substantieele relieven). Zie VAN DER LINDEN Jud. practycq II bl. 172; verg. MERULA bl. 684, 688 en 833 in de aantt.; verg. DE GROOT Isagoge II c. 6 § 9 sqq coll. I c. 5 § 29. Als middel om tegen vonnissen op te komen is het door onzen wetgever aan den C. de proc. ontleend, waarin het, zooals het zich in de ordonnantiën ontwikkeld had, uit de ordonnantie van 1667 tit. XXXV, als naaste bron werd overgenomen. Van den vorm van verzoek is de benaming van Requête afkomstig. „Les arrêts et jugements en dernier ressort ne pourront être retractés que par lettres en forme de requeste civile"; art. 1 van tit. XXXV der ordonnantie. Door sommige der vroegere fransche processualisten wordt de bijvoeging civile verklaard in tegenstelling van crimineele zaken, waarin het middel niet zou zijn toegelaten. Dit is evenwel onjuist. Zie JOUSSE in de aant. op het opschrift van tit. XXXV. Anderen geven daaraan de beteekenis van een verzoek in beleefde termen vervat in dien zin, dat er geen aanklacht tegen den rechter werd gedaan, maar veeleer diens dwaling werd verondersteld. Zoo spreekt bij ons DE GROOT Inleiding III 48 § 5 van verlof om in rechte heusch verzoek van herstellinge te mogen doen, waarmede hij den rechtsterm van request civiel teruggeeft. Zie CARRÉ ad rubr. van den titel, BOITARD II n_0. 729 e. a.

Het in onze wetgeving aan het request civiel in burgerlijke zaken analoge rechtsinstituut in strafzaken is de in den XVIII[en] titel Wetb. v. Strafvordering bij de wet van 14 Juli 1899 n_0. 159 geregelde en voor „de opschorting en vernietiging van arresten en vonnissen uit hoofde van bepaalde omstandigheden" in de plaats gestelde herziening van arresten en vonnissen, waaraan, buiten de wet, algemeen de benaming van revisie gegeven wordt. Zoo zou de benaming van request civiel ook wel de gebruikelijke blijven in de rechtzaal en daarbuiten, al ging de wet de nederlandsche benaming van herroeping van vonnissen gebruiken, of, in overeenstemming met de terminologie in het Wetb. van B. R. aangenomen, eenvoudig van herroeping spreken.

Dat er bij de regeling van dit middel steeds in de wet wordt gesproken van verzoek is niet dan een gevolg van zijne technische benaming en van zijn historischen oorsprong. Het is niet omdat de aard der rechtsmiddelen tegen vonnissen, gelijk ik bl. 7 opmerkte, eer medebrengt ze als verzoeken te qualificeeren dan als eischen. Had de wetgever aan het rechtsmiddel den naam van herroeping gegeven, hij zou evenals van den eisch in hooger beroep, hier van den eisch tot herroeping gesproken hebben. Van een verzoek om tot het middel te worden toegelaten is dan ook geen sprake. Ook dit geding vangt aan met een dagvaarding (art. 390) die dan wel de strekking zal moeten hebben om voor den rechter te verschijnen ten einde verzoek te hooren doen tot herroeping, enz. Op zeer merkwaardige wijze worden een en ander vorm vermengd in de in art. 390 gebezigde uitdrukking: „Het request civiel zal worden ingediend door eene dagvaarding in den gewonen vorm", d. w. z. men dient een verzoek aan den rechter in in den vorm van eene dagvaarding der tegenpartij voor den rechter. Het is niet eens een aan den rechter gericht verzoekschrift dat aan de tegenpartij met dagvaarding voor den rechter beteekend wordt. Ik vind den hier voorgeschreven vorm nu juist niet verkeerd, maar ik wijs er maar op om onder de aandacht te brengen, hoe hier het oude in en door het nieuwe werd vervormd.

De Code de procédure gaf, door de gevallen waarin zij request civiel toeliet, aanleiding tot het aannemen van een zeker verband tusschen dit middel en het middel van cassatie. „Ces deux procédures n'ont pas toujours été aussi nettement distinctes qu'aujourd'hui, et l'ancien droit français a mis plusieurs siècles à reconnaître et à délimiter leur domaine respectif" zegt Garsonnet V § 1076 a. h. e. Geen wonder dus dat er nog wel iets te ontwarren overbleef. Want, ofschoon in het algemeen kon worden gezegd dat cassatie een dwaling omtrent het recht, request civiel een dwaling omtrent de feiten veronderstelt, zoo kon men toch tegelijk beweren dat request civiel soms ook wegens een rechtsdwaling gegeven werd en dat men dan wel gevallen moest aannemen, waarin beide middelen openstonden; zoo wisten schrijvers en jurisprudentie weer onderscheidingen te maken, volgens welke van het een of van het andere middel gebruik moest worden gemaakt, zoodat evenmin tot een keus tusschen beide middelen als, en nog veel minder, tot het achtereenvolgens gebruik maken van beide middelen bevoegdheid zou bestaan. Ofschoon, waar-

schijnlijk ook al tengevolge van het zeldzaam gebruik dat er van het request civiel wordt gemaakt, dat de gevallen waarin het toegelaten wordt uit den aard der zaak slechts zelden voorkomen, bij de vaststelling van den X^en^ titel van B. I. van ons Wetboek, van de desbetreffende afwijkingen, welke onze wetgever zich van den Code veroorloofde, geen rekenschap werd gegeven, zoo moet toch wel onze wetgever met de weglating van de bepaling van het onder n°. 2 in art. 480 C. de pr. vermelde geval begrepen hebben dat hierin de cassatie voldoende voorzag. Wat daar geschreven stond: „si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées soit avant, soit lors des jugements pourvu que la nullité n'ait pas été couverte par les parties", dat was immers duidelijk als een grond van cassatie in art. 99 n°. 1 R. O. opgenomen? En zoo was het ook niet twijfelachtig, dat op grond van het niet hooren van het O. M. cassatie openstond, zonder dat het noodig was request civiel toe te kennen bepaaldelijk aan hem die in het ongelijk gesteld werd, terwijl het hooren van het O. M. in zijn belang was voorgeschreven, art. 480 n°. 8 C. de pr. De weglating van deze beide gevallen bevestigt de juistheid dat, waar request civiel wordt toegelaten, cassatie bij ons uitgesloten is. Zoo behoeft men bij ons ook niet meer de toevlucht te nemen tot de onderscheiding, welke bij de fransche schrijvers gemaakt wordt tusschen het geval dat de rechter een verzuim in den vorm heeft begaan zonder dat hij daartegen werd gewaarschuwd, zoodat met name het verzuim bij de redactie of de uitspraak van het vonnis moet begaan zijn, in welk geval dan request civiel, en eene schending van vormen op andere wijze begaan waartegen dan cassatie zou moeten worden aangewend. Zoo zou ook request civiel alleen te pas komen wanneer het hooren van het O. M. eenvoudig vergeten werd, maar niet wanneer het niet had plaats gehad niettegenstaande het door de partijen gevorderd was geworden. — Voorts zouden beide middelen gegeven zijn voor het geval dat uitspraak gedaan is omtrent zaken welke niet waren geeischt en indien meer is toegewezen dan geeischt was (art. 480 n°. 3 en 4 C. de pr., art. 382 n°. 2 en 3 B. R.), doch van cassatie alleen gebruik gemaakt kunnen worden, als in het meer toegewezene tevens eene toewijzing mocht liggen van iets waarin de wet verbiedt te veroordeelen en wanneer de rechter uitdrukkelijk heeft overwogen dat hij met hetgeen hij toewees niet meende te gaan boven hetgeen was gevorderd. Het komt mij voor dat, indien al cassatie bij ons

zou kunnen gevorderd worden op grond van eene veroordeeling in iets waarin de wet veroordeeling verbiedt, wat ik niet ontken, alleen deze grond, maar niet de toewijzing van zaken die niet waren gevorderd op zich zelf, evenmin als indien meer werd toegewezen, dit op zich zelf tot cassatie grond zou geven. Immers het verbod dat uit art. 382 n°. 2 en 3 voortvloeit, is alleen een gevolg daarvan, dat in die beide gevallen request civiel gegeven wordt; het kan dus alleen tot dit middel grond opleveren. Voor cassatie zou er in die gevallen eerst grond bestaan, indien onafhankelijk van de verbinding met request civiel, het verbod in een op zich zelf staand imperatief aan den rechter gegeven voorschrift ware vervat. Zoo kon de auteur van het Ontwerp van 1865 deze gronden voor request civiel doen vervallen, omdat hij ze in imperatieve door den rechter bij zijn vonnis in acht te nemen, voorschriften had omgezet en daardoor tot gevallen had gemaakt die tot schending van de wet aanleiding en dus tot cassatie grond konden geven. — Wanneer eindelijk door de fransche schrijvers beweerd wordt dat ook de in art. 480 n°. 6 C. de pr. (art. 382 n°. 5) vermelde tegenstrijdigheid van vonnissen van denzelfden rechter afkomstig zoowel tot cassatie als tot request civiel grond kan geven en zij dan van oordeel zijn dat het middel van cassatie moet worden aangewend wanneer de rechter, niettegenstaande een beroep op het vroegere vonnis werd gedaan, daarin het karakter van een gewijsde niet heeft gevonden, dan zou ik dit niet willen betwisten, maar ik zou meenen, dat dan niet de tegenstrijdigheid der vonnissen, al moge die tengevolge daarvan bestaan of beweerd kunnen worden te bestaan, de grond voor de cassatie is, maar wel de schending van de bepalingen der wet omtrent de exceptie van gewijsde zaak en dat dit geval reeds daarom buiten de in art. 480, 6° en 382, 5° op den voorgrond gestelde tegenstrijdigheid van vonnissen gelegen is. Zie over de hier besproken gevallen, waarin de fr. schrijvers èn request civiel èn cassatie toegelaten achten, GARSONNET V § 1115 vv. Maar er zullen toch gevallen kunnen zijn, waarin er tegen een vonnis zoowel een grond tot cassatie als een grond tot request civiel bestaat. De vraag is dan welk middel het eerst moet aangewend worden en of men beide tegelijk kan aanwenden. Ook bij ons zijn daaromtrent verschillende gevoelens voorgestaan. Ik zou de voorkeur geven aan dat door SCHENKENBERG VAN MIEROP ontwikkeld t. a. p. bl. 68 vv. dat „niets belet eerst cassatie in te stellen en als die verworpen wordt

request civiel, niets belet ook beide middelen gelijk in te stellen."

Ik heb getracht het karakter van het middel in de bovenstaande beschrijving terug te geven, doch heb dit niet kunnen doen door een kenmerk aan te geven dat aan alle voor het middel toegelaten gronden gemeen zou zijn. Kan men in de gronden voor de cassatie het algemeen en gemeenschappelijk karakter van dwaling in het recht terugvinden, men komt er niet veel verder meê, wanneer men zegt dat de gronden van request civiel het karakter zouden hebben van dwaling in de feiten. Dit kan vooreerst niet van alle middelen gezegd worden en, ten aanzien van die waarvan men het zou kunnen zeggen, is het kenmerk te onbepaald.

Het kan niet gezegd worden van de gronden onder n°. 2, 3, 4, 6 genoemd. Hier is in strijd met de regelen van eene behoorlijke rechtspraak gehandeld. Deze brengt mede dat de rechter gebonden is aan hetgeen partijen van hem vragen, hij moet zich aan hare conclusiën houden, mag daar niet dan in bijzondere gevallen buiten gaan, maar hij moet ook uitspraak doen op wat zij aan zijn oordeel onderwerpen. Ware den rechter deze verplichting bij de wet uitdrukkelijk opgelegd, de niet-nakoming van die verplichting zou grond tot cassatie opleveren en behoorde dit te doen, zoodat indien het gebied van beide middelen behoorlijk ware onderscheiden, van de toepassing van request civiel hier geen sprake meer had moeten zijn. Dit geldt althans van de onder n°. 2, 3 en 4 vermelde gronden. Wat de onder n°. 6 vermelde tegenstrijdige beschikkingen in hetzelfde vonnis betreft, het ware zeker wat heel zonderling indien de wetgever uitdrukkelijk bepaalde, dat een rechter zich van dus vonnis te wijzen moet onthouden. Mocht het geval zich voordoen, dan moet er een middel zijn om zoodanig vonnis vernietigd te krijgen en dan is wel het request civiel daartoe aangewezen. Met de gevallen onder n°. 2, 3 en 4 vermeld heeft het zeker dit gemeen dat de rechter zijn taak niet naar behooren vervulde, of zooals ik het in den tekst uitdrukte, dat de rechter niet heeft mogen rechtspreken gelijk hij deed. Ik ontken evenwel niet dat de termen zeer algemeen zijn en ik ze dan ook niet anders heb weten te beperken dan door van bijzondere gevallen te spreken, waarin dit plaats heeft. Dit staat dunkt mij vast, dat geen van deze gevallen kan worden gebracht onder dwaling in de feiten. Maar ook voor de overige gronden van request civiel is de uitdrukking te algemeen. Men zou daarmede

terugkomen tot het in de rechtspraak van vóór de ordonnantie van 1667 in Frankrijk bekende rechtsmiddel van „proposition d'erreur" 't welk bij het laatste, art. 42, der ordonnantie werd afgeschaft en waarop JOUSSE aanteekende: „La proposition d'erreur, qui était autrefois en usage avant cette ordonnance, était un moyen pour faire retracter un Arrêt ou Jugement en dernier ressort, quand ce Jugement avait été rendu sur une erreur de fait", waarin JOUSSE tevens eene bevestiging vindt van het in art. 32 voorkomende verbod om vonnissen of arresten in te trekken „sous prétexte de mal jugé au fond."

Nu hebben de gronden van n°. 1, 7 en 8 dit gemeen, dat de rechter verkeerd heeft recht gesproken doordien door bedrog feiten ten onrechte als waar zijn aangenomen n°. 1, waaraan nauw verwant is het geval van n°. 8 als door de eene partij aan de andere stukken zijn onthouden en daardoor de rechter op een dwaalspoor is gebracht of dat dit (n°. 7) door valsche stukken is geschied. Eindelijk betreft n°. 5 een geval dat partijen, onbekend met een in hunne zaak door denzelfden rechter gegeven gewijsde, ook hem in onwetendheid daaromtrent hebben gelaten. De dwaling in de feiten betreft hier echter niet de feiten die den grondslag van het in 't geding gebrachte recht uitmaken, maar de rechtsverhouding die er tusschen de partijen met opzicht tot in het geding gebrachte recht bestaat.

Het geval waarin het middel aan minderjarigen wordt gegeven is van geheel bijzonderen aard en kan het request civiel tot eene privilegie maken voor deze zg. personae miserabiles.

Gedeelte van een vonnis is gebrekkig.

Evenals het hooger beroep tot een gedeelte van het onderwerp van het vonnis kan worden beperkt, zoo kan ook bij request civiel de herroeping van een gedeelte van het vonnis gevraagd worden. De verzoeker zal dit zelfs moeten doen, indien de grond van herroeping alleen op een gedeelte van toepassing is. Staan de andere deelen van het vonnis evenwel in zoo nauw verband met het bestreden gedeelte, dat zij daarmede staan of vallen, dan wordt het middel tegen het geheele vonnis aangewend. Art. 384.

In hooger beroep is het de vraag, of de appellant zich bezwaard acht met het vonnis waarbij hij in het ongelijk werd gesteld. Het staat aan hem te beoordeelen in hoeverre het ongelijk hem bezwaart

en zeker kan hij moeilijk tegen dat gedeelte van het vonnis opkomen waarbij hij in het gelijk gesteld werd. Bij request civiel ligt de beperking van het middel in den grond waarop het wordt aangewend, die, wanneer hij slechts een gedeelte van het vonnis betreft, ook omdat het een buitengewoon middel geldt, tot dat gedeelte moet beperkt blijven. Alleen de samenhang der deelen kan maken dat het zich over het geheele vonnis uitstrekt. In twijfelachtige gevallen zal de verzoeker het verstandigst handelen zijn verzoek tegen het geheele vonnis te doen gelden. Hij loopt dan hoogstens gevaar voor een gedeelte in zijn verzoek niet ontvankelijk verklaard te worden terwijl, indien hij 't voor een gedeelte verzoekt en de rechter van oordeel is dat het niet dan voor het geheele vonnis kan worden toegepast, de verzoeker in zijn verzoek, zooals het werd gedaan, niet-ontvankelijk verklaard moet worden. De rechter kan het dan voor een deel niet toewijzen, omdat de samenhang van de deelen van het vonnis zou verbroken worden, en niet voor het geheel omdat hij zou gaan ultra petita. Dat hier van een incidenteel verzoek van de tegenpartij als bij hooger beroep en bij cassatie 't geval kan zijn, geen sprake kan wezen, is niet twijfelachtig. Men zou zich misschien een geval waarin het te pas kon komen, vooral bij een gedeeltelijk request civiel wel kunnen voorstellen, maar de wet kent het niet.

TITEL I.

HET RECHTSMIDDEL.

§ 182. VONNISSEN VOOR DIT MIDDEL VATBAAR. BEVOEGDE RECHTER.

Bij de toepassing van het middel van request civiel onderscheidt de wet in de eerste plaats tusschen vonnissen op tegenspraak en vonnissen bij verstek gewezen, en in de tweede plaats tusschen zoodanige vonnissen van kantongerechten en die van rechterlijke colleges.

Vonnissen op tegenspraak en verstek.

I. De vonnissen op tegenspraak gewezen moeten zijn gewezen in het hoogste ressort; die bij verstek moeten eveneens gewezen zijn in het hoogste ressort, maar het middel kan daartegen ook worden aangewend wanneer zij niet meer vatbaar zijn voor verzet.

II. De vonnissen van kantongerechten zijn alleen aan request civiel onderworpen op grond van bedrog in de procedures gepleegd omschreven in n°. 1 en indien gevonnist is op valsche stukken als aangewezen in n°. 7 van art. 382. Zie de aanhef van art. 382 en art. 397. Vonnissen van kanton-rechters.

Tegen vonnissen door scheidsmannen gewezen is request civiel niet toegelaten. Art. 648. Uitspraken van scheids-mannen.

Van request civiel wordt kennis genomen door den rechter, die het vonnis wees waartegen het middel wordt aangewend. Arg. art. 382 aanhef. Bevoegde rechter.

I. Wat de vonnissen op tegenspraak betreft, zij zijn in het hoogste ressort gewezen wanneer de rechter in eersten aanleg vonnis wees in zaken die voor hooger beroep niet vatbaar zijn, en voorts wanneer de vonnissen in hooger beroep zijn uitgesproken. Want, al moge de cassatie bij ons het karakter hebben gekregen van eene derde instantie, het middel wordt toch alleen toegekend tegen arresten en vonnissen in het hoogste ressort gewezen. Art. 95 R. O. Zoo kan het middel van request civiel worden aangewend tegen, ik spreek hier alleen van de colleges, *a.* de vonnissen van de arrondissementsrechtbanken in het eerste en hoogste ressort gewezen, doordien het hooger beroep is uitgesloten; *b.* de vonnissen dier rechtbanken in hooger beroep van de vonnissen der kantongerechten; *c.* de arresten van de Gerechtshoven in hooger beroep van die der rechtbanken gewezen; *d.* de arresten van die Hoven krachtens opdracht van partijen gewezen in het eerste en hoogste ressort; *e.* de arresten van den Hoogen Raad in eersten aanleg en die, door uitsluiting van de revisie, in 't hoogste ressort gewezen; *f.* de arresten van den H. Raad in revisie.

Hoe staat het met de arresten van den H. Raad waarbij, met vernietiging van het bestreden arrest of vonnis, wegens overschrijding van rechtsmacht, of van verkeerde toepassing of schending der wet, de Hooge Raad de hoofdzaak beslist even en in dier voege als de rechter die het vernietigde arrest heeft gewezen, had behooren te doen? Art. 105 R. O. bepaalt met zoovele woorden dat 's Hofs (d. i. des Hoogen Raads) uitspraak in geen geval voor eenige nadere rechterlijke voorziening vatbaar zal zijn. Dus is tegen dit arrest van den H. Raad, dat voor het in het hoogste ressort gewezen

vonnis of arrest in de plaats komt, niet onderworpen aan request civiel. En al is het nu wel aan te nemen, dat de H. Raad, al is er geen middel van cassatie van gemaakt, dat er in strijd gehandeld is met art. 382 n°. 2, 3 of 4, toch bij zijne uitspraak ten principale niet de bij die bepalingen bedoelde fouten, welke in het vernietigd arrest begaan mochten zijn, zal bevestigen, het kan heel goed wezen dat aan de, bij de overigens vernietigende uitspraak niet op nieuw onderzochte, feiten, een bedrog, een valschheid of eene onwetendheid kleeft, als bij art. 382 n°. 1, 7, 8 worden verondersteld. Mocht dit het geval zijn, dan wordt het gebrek onherstelbaar doordien de H. Raad de hoofdzaak besliste, terwijl in geval van verwijzing een nieuwe uitspraak in het hoogste ressort door den lageren rechter zal worden gewezen, welke aan eene herroeping door request civiel onderworpen is. Consequentie bestaat hier niet. Intusschen heeft de H. Raad, bij arr. van 31 Mei 1895 W. 6690, een tegen zijn arrest van 13 Dec. 1894 W. 6602 ingesteld request civiel, op grond van art. 382 n°. 4, toegelaten en bij later arrest van 27 Juli 1895 alsnog den eisch tot uitvoerbaarverklaring van zijn arrest bij lijfsdwang, waarop hij aanvankelijk verzuimd had uitspraak te doen, toegewezen. Het arrest op het request civiel en dat op de hoofdzaak werden bij verstek gewezen.

De vonnissen moeten in het hoogste ressort gewezen zijn. Maar wanneer de partij den termijn heeft laten verloopen of in de uitspraak heeft berust, zoodat daardoor het vonnis in kracht van gegewijsde is gegaan? Dan staat request civiel niet open, ofschoon het zeer wel mogelijk is dat het bedrog of de valschheid eerst nà de berusting of het verloopen van den termijn ontdekt zijn. Zeer rationeel is dit niet, ofschoon het in den C. d. pr. evenzoo bepaald was, en, toen bij de herziening in 1837 eene ruimere bepaling verlangd werd, was het antwoord der Regeering zeker niet overtuigend, toen zij zeide van oordeel te zijn „dat het request civiel tot zoodanige vonnissen niet kan worden uitgestrekt." „Wanneer eene partij," zoo vervolgde zij, „die in het ongelijk gesteld is, het gewone middel van appèl heeft verwaarloosd, kan hij tot het buitengewone middel van request civiel zijne toevlucht niet nemen, want zoodoende zoude hem de keus gegeven worden tusschen appèl en request civiel." Is het niet juist de aard van een buitengewoon middel om dàn aangewend te worden als de gewone middelen ontbreken en van wien zou het wel tè verwachten zijn dat hij berustte, of den termijn liet verloopen om van het middel van request civiel gebruik te maken dat hem niet meer

geeft dan het hooger beroep, terwijl het hem tegen de tenuitvoerlegging van het vonnis niet behoedt? Maar bovendien is het niet de strekking van het request civiel om een onrecht dat iemand krachtens de wet is aangedaan te herstellen, omdat hij de onrechtvaardige werking der wet niet heeft kunnen voorkomen? In het Ontw. 1865 werd dan ook eene uitbreiding aan het middel gegeven, door het in art. 1 van den betrekkelijken titel toe te kennen tegen vonnissen in het hoogste ressort, waartegen niet meer door hooger beroep of revisie kan worden opgekomen, die alzoo in kracht van gewijsde zijn gegaan, omdat men geen gebruik heeft gemaakt van de gewone rechtsmiddelen, die daartegen open stonden.

De uitsluiting van het request civiel tegen vonnissen, waartegen geen hooger beroep meer kon worden ingesteld, wegens berusting of 't verstrijken van den termijn, is nog minder te verdedigen, omdat de wetgever bij de vonnissen op verstek gewezen aan het middel eene ruimere werking toekent. Dan wordt het toch ook toegekend wanneer van het middel van verzet geen gebruik is gemaakt en dientengevolge het vonnis kracht van gewijsde heeft verkregen. Werd dus het vonnis bij verstek in eersten aanleg gewezen, zoodat wanneer van het middel van verzet gebruik gemaakt was, het hooger beroep nog zou openstaan, dan kan request civiel worden ingeroepen even goed als wanneer het vonnis bij verstek in het hoogste ressort gewezen was en het middel van verzet daartegen werd verzuimd. Ofschoon met opzicht tot het hooger beroep de regel geldt „contumax non appellat", wordt request civiel tegen de bij verstek gewezen vonnissen met voorbijgang van verzet wel toegelaten. Zou men hier dan ook niet kunnen zeggen dat de keus gegeven wordt tusschen verzet en request civiel? Zoo zegt Boitard op art. 480 dan ook: „la loi ne fait pas pour l'opposition le même raisonnement qu'elle a fait pour l'appèl", maar dat de reden die hij daarvoor opgeeft „apparemment parceque les délais d'opposition étant beaucoup plus courts, on n'a pas entendu attacher la même peine à la négligence de la partie dans le dernier cas que dans le premier" heel afdoende is, kan moeilijk volgehouden worden. Met opzicht tot de vonnissen op tegenspraak wordt dus als een strafbaar verzuim aangemerkt wat in onwetendheid werd begaan en inderdaad geen verzuim kan heeten. Meer zou er te zeggen zijn vóór de redeneering: indien gij van het middel van hooger beroep gebruik hadt gemaakt, dan hadt gij daardoor de gelegenheid opengehouden om het bedrog of de valschheid nog bij tijds te ontdek-

ken, maar diezelfde redeneering zou dan ook al weer op het verzet toepasselijk zijn. En als iemand den termijn van hooger beroep of den tijd om in verzet te komen liet voorbijgaan omdat hij vreesde door een van beide middelen toch geen gelijk te zullen krijgen, moet hij dan daarom het slachtoffer worden van een gepleegd bedrog of valschheid? Wordt niet in de hier bestreden beperking van het middel onbewust het rechterlijk gewijsde met eenige superstitie geëerd? Ging men nu evenwel de inconsequentie wegnemen en voor de vonnissen op tegenspraak hetzelfde bepalen als voor die bij verstek, dat nl. berusting of laten verloopen van den termijn aan het request civiel niet in den weg staat, dan werd voor die gevallen, waarin request civiel wordt gegeven omdat de rechter niet naar behooren rechtsprak (zie art. 382 n^{0}. 2, 3, 4 en 6), ten onrechte een onderscheid gemaakt tusschen request civiel aan den eenen kant en hooger beroep en cassatie aan den anderen kant. Want er is geen reden denkbaar waarom in deze gevallen, welker bestaan uit het vonnis blijkt, de berusting of het laten verloopen van den termijn aan het hooger beroep en de cassatie wèl, aan het request civiel niet in den weg zou staan; evenals het nu onredelijk is om, waar het vonnis voor geen verzet meer vatbaar is, in de genoemde gevallen wel request civiel maar geen beroep te geven. Een bewijs te meer dat de aangehaalde gevallen in het geheel geen reden voor request civiel moesten opleveren. Zoo kon het Ontwerp 1865, dat de gevallen beperkte, ook tegen de vonnissen voor hooger beroep of voor cassatie niet meer vatbaar, request civiel geven.

Het behoeft nauwlijks vermelding dat de beantwoording van de vraag, of het vonnis in het hoogste ressort is gewezen niet afhangt van de daaraan door den rechter gegeven qualificatie, maar van de wet. Zie bl. 56 v.

II. De Code de pr. sloot het middel bij de kantongerechten stilzwijgend uit door in art. 480 alleen van vonnissen van „tribunaux de première instance et d'appèl" te spreken. De aanhef van ons art. 382 is in algemeene termen geschreven en sluit daardoor de vonnissen van kantongerechten niet uit, maar de beperking komt achteraan en zoo wordt in het laatste artikel van den titel gezegd, dat men geen gebruik kan maken van het middel van request civiel tegen de vonnissen der kantonrechters, dan alleen in het geval van n^{0}. 1 en 7 van art. 382. De Regeering had aanvankelijk voorge-

steld het middel tegen vonnissen van de Kantonrechters geheel uit te sluiten „tot vermijding en afsnijding van procedures in zaken van minder geldelijk belang." Toch had zij het, op de aanmerking van eene afdeeling, bij de nieuwe redactie in eenige gevallen toegestaan. En toen eene afdeeling der Tweede Kamer, bij de herziening van 1837, verklaarde de reden van deze beperking niet in te zien, toen beriep de Regeering zich er op dat zij al zooveel meer deed dan de fransche wetgever en dat de beperking van request civiel even raadzaam was als die van cassatie. Er was toch ook hooger beroep gegeven in alle zaken van eenig belang, welke bij den kantonrechter kunnen dienen. Zie v. d. HONERT op § 397. Ligt er in deze geheele redeneering iets anders dan een „marchandeeren" zonder dat men in aanmerking neemt, waarover het eigenlijk gaat? Er ligt wel eenige verschooning in deze wijze van handelen, als men bedenkt dat op vele gronden verkeerdelijk het middel van request civiel werd gegeven en dat 't geheele instituut weinig in toepassing komt. Maar ligt in deze laatste omstandigheid niet even goed een reden om het meer algemeen toe te kennen? Voor de uitsluiting van cassatie bestaat in ieder geval een remedie in de cassatie in het belang der wet; dat er hooger beroep van de meer belangrijke zaken gegeven wordt is waar, maar dat helpt niet, wanneer van het hooger beroep geen gebruik gemaakt werd en er toch evenzeer eene ongerechtigheid in het vonnis kan liggen. Valt het niet in het oog dat ook in het geval van n°. 8 eene ongerechtigheid kan worden gewettigd, nu daar geen middel tegen gegeven is? en al kan er in de overige gevallen wellicht beter worden voorzien op andere wijze, zoolang die gevallen even goed bij de kantongerechten zich kunnen voordoen als bij de colleges, is de uitsluiting niet te rechtvaardigen. Een middel dat buitengewoon is omdat het voor buitengewone gevallen gegeven wordt, moet uit zijn aard toepasselijk zijn overal waar die buitengewone gevallen zich voordoen. Ofschoon onze wetgever er niet aan schijnt te hebben getwijfeld dat request civiel naar den Code niet was toegelaten tegen vonnissen van de vrederechters, zoo bestaat toch veel verschil van gevoelen over dit punt onder de fransche schrijvers. Terwijl bijv. MERLIN de toelating ontkende, ontkende ook CARRÉ die eerst om later daarop terug te komen en CHAUVEAU blijft in zijne aanteekening op Q. 1736 aan de uitsluiting van het middel vasthouden Hij vereenigt zich met BOITARD die even pertinent het middel bij de vredegerechten ontkent als weder GARSONNET V § 1089,

7o. het toegelaten acht. En terwijl BOITARD ook een argument put uit de uitsluiting van de cassatie, zegt daarentegen GARSONNET dat „la requête civile y est d'autant plus nécessaire que le pourvoi en cassation n'y est admis que pour excès de pouvoir." Men kan daarin ook eenige verschooning vinden voor de straks vermelde beschouwingen over dit punt in onze tweede Kamer voorgedragen (*). Terwijl de fransche wet nog twijfel overliet omtrent de toelating van request civiel tegen vonnissen van de vrederechters, is bij ons met de opheffing van dezen twijfel de toelating zoo duidelijk mogelijk beperkt tot de gevallen van n°. 1 en 7, dat volstrekt geen andere reden kan worden toegelaten. En al worden nu de minderjarigen in art. 383 op eene bijzondere wijze behandeld, zij zijn toch zeker onder de men van art. 397 begrepen.

Ten opzichte van uitspraken van scheidsmannen liet de C. de pr. het request civiel in het algemeen toe, doch wilde dit gebracht hebben voor den gewonen rechter en dan wel voor den rechter die bevoegd zou geweest zijn om van het hooger beroep der arbitrale uitspraak kennis te nemen. Artt. 1026, 1027, C. d. pr. Onze wetgever sloot het middel uit en voegde er nog bij dat partijen zelfs van de toelating geen geldig beding zouden kunnen maken. Dit laatste spreekt wel van zelf; waaraan zouden partijen de bevoegdheid kunnen ontleenen om een door de wet uitgesloten middel in toepassing te brengen? De reden waarom de wetgever het middel hier uitsloot, vond hij daarin gelegen, dat zoodra de scheidsmannen hebben uitspraak gedaan, hunne zending heeft opgehouden. v. D. HONERT op § 648, verg. § 649. Dit is een theoretisch bezwaar, dat ook alleen in thesi, niet in hypothesi, bestaat. Want waar de rechter geroepen wordt zijn eigen vonnis te verbeteren, omdat hij niet behoorlijk rechtsprak of door bijzondere omstandigheden, hem onbekend, eene onrechtvaardige uitspraak gaf, dan is, indien hem de bevoegdheid wordt toegekend om zijn uitspraak te verbeteren, zijne zending, zooals men het noemt, niet geëindigd en is de wetgever althans bevoegd om een

(*) Men zegt al zoo wat als het eene aanbeveling, ook wel als het op eene bestrijding van een wetsontwerp aankomt. Ik lees daar bij GARSONNET als aanbeveling voor de beperking van de cassatie van de vonnissen van de vrederechters aangehaald, dat de wetgever zou gewild hebben dat de vrederechter zou zijn »libre des entraves qui enchainent les autres juges, n'eut d'autre législateur que sa sagesse"! Hoe men toch zich zelven en anderen een rad voor de oogen kan draaien en dat zelfs bij de behartiging van de zorg voor de handhaving der justitie!

middel te scheppen, en kan hij de zending van de scheidsmannen even goed als die van den gewonen rechter voor bijzondere gevallen uitbreiden. Bestaan er nu praktische bezwaren om die uitbreiding op scheidsmannen toe te passen en acht men het geraden om hunne uitspraak in gevallen, als anders tot request civiel aanleiding geven, door den gewonen rechter te doen herzien, dan is het beter het middel niet als request civiel te qualificeeren. In zoover mag onze wetgever gelijk gehad hebben dat hij de gronden voor het request civiel maakte tot gronden van nietigheid en met andere gevallen vereenigde, waarin ook de fransche wetgever den eisch tot nietigverklaring van arbitrale uitspraken toeliet door in verzet te komen tegen het bevel van uitvoering. Zie ons art. 649 verg. met artt. 1026, 1027 en 1028 C. de pr. De eisch tot vernietiging of het verzet tegen het bevel van uitvoering wordt dan gebracht voor de rechtbank welker voorzitter het bevel tot uitvoering gaf. Art. 652.

De bevoegde rechter om over request civiel uitspraak te doen is de rechter die het vonnis wees. Herroepen kan toch een vonnis alleen worden door hem van wien het afkomstig is. Uit de gronden waarop het middel kan worden aangewend, blijkt dan ook althans in het algemeen dat de rechter de hem opgedragen taak in het gegeven geval niet heeft vervuld.

Uit het straks gezegde volgt dat elk der vier gerechten, kantonrechters zoowel als rechtbanken, Hoven en Hooge Raad tot kennisneming van request civiel kunnen worden geroepen.

§ 183. GRONDEN WAAROP TOEGELATEN.

De eerste en voornaamste categorie van de gronden waarop, of de gevallen waarin request civiel in toepassing kan komen, zijn dat het vonnis berust op eene dwaling in de feiten door bedrog of valschheid, of ook door onwetendheid der partijen bij den rechter gewekt. Dit heeft plaats: Dwaling in de feiten:

1°. wanneer het vonnis berust op na de uitspraak daarvan ontdekt bedrog door de wederpartij in de procedures gepleegd art. 382 n°. 1; Bedrog.
voorts wanneer eene partij, na de uitspraak, stukken van eenen beslissenden aard nader in handen heeft gekregen, welke door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden, en die aan eerstgenoemde partij alzoo in het geding onbekend bleven. Art. 382 n°. 8; Onbekendheid met stukken.

Valsche stukken.

2°. wanneer gevonnist is op stukken die na het vonnis voor valsch erkend of valsch verklaard zijn Art. 382 n°. 7;

Onbekendheid met vroeger vonnis.

3°. wanneer tusschen dezelfde partijen op dezelfde gronden over hetzelfde onderwerp tegenstrijdige vonnissen in het hoogste ressort zijn gewezen. Art. 382 n°. 5.

Ad Ium. De C. de pr. zeide eenvoudig in art. 480 1°. „s'il y a eu dol personnel" in overeenstemming met art. 34 van tit. XXXV van de ordonnantie, en, gelijk de fransche wetgever had kunnen spreken van dol zonder meer, zoo had de onze zich tot bedrog kunnen bepalen zonder daar „of arglist" bij te voegen. Want het is duidelijk genoeg dat het vonnis moet zijn verkregen door bedrog, en dat derhalve dit bedrog moet zijn gepleegd in handelingen behoorende tot het proces, hetwelk tot het vonnis heeft geleid en waardoor alzoo eene der partijen zich een haar voordeelig vonnis bezorgd heeft. Of dan de bijvoeging dat het bedrog na de uitspraak van het vonnis moet ontdekt zijn, eene gelukkige bijvoeging kan heeten, is zeer betwistbaar en, of de uitdrukkelijke vermelding van het valschelijk afleggen van een suppletoiren eed met de even uitdrukkelijke uitsluiting van den decisoiren, in 1896 eene verbetering heeft aangebracht, kan alleszins betwijfeld worden.

Tot nadere bepaling van wat door bedrog is te verstaan wijst ons de wetgever den weg in art. 1364 B. W. Ook hier zullen moeten zijn gepleegd kunstgrepen van dien aard, dat het klaarblijkelijk is dat zij den rechter tot eene verkeerde voorstelling der feiten hebben geleid, dat hij dientengevolge in het voordeel van de partij die zich de kunstgrepen veroorloofd heeft uitspraak heeft gedaan. En zoo kunnen de kunstgrepen hier in de eenvoudige bewering van een tot bevrijding vereischte handeling (consignatie in plaats van betaling) bestaan welke de partij door terugneming der gelden tot eene onwaarheid maakte, terwijl zij zich op het feit, als voortbestaande, bleef beroepen. Verg. Hof Arnhem 13 Juni 1897, W. 6951. Het is zeker niet gemakkelijk, neen zelfs ondoenlijk om alle gevallen op te noemen waarin dit bedrog tot request civiel grond kan geven. Niet minder moeilijk zal het zijn in ieder bijzonder geval de eenvoudige chicane, hoe leelijk zij wezen moge, van de kunstgrepen die hier moeten zijn aangewend te onderscheiden. Zoo twijfel ik bijvoorbeeld niet, of samenspanning met de praktizijns van de tegenpartij en het onderscheppen van instructiën door de partij aan hare raadslieden gezon-

den tot de hier veroordeelde kunstgrepen behooren; maar als GARSONNET daarbij (V § 1096 p. 554 n°. 1) ook vermeldt het kiezen voor de dagvaarding van een oogenblik waarop de tegenpartij zich daarop niet kan verdedigen omdat hij een door hem begaan misdrijf zou moeten openbaren en zich aan strafrechterlijke vervolging zou blootstellen, komt dit mij voor geen kunstgreep te zijn die een bedriegelijk karakter heeft, maar een hoe leelijk ook, deloyaal gebruik maken van des tegenstanders positie, al heeft deze ook zich zelven daarin gebracht.

Dit zal echter wel vaststaan dat, ofschoon kunstgrepen van buiten het geding staande derden niet in aanmerking mogen komen, het bedrog tot request civiel aanleiding geeft, ook dan wanneer het niet door de partij zelve maar door hare praktizijns werd gepleegd.

Dat het valschelijk afleggen van een suppletoiren eed tot het hier bedoelde bedrog behoort lijdt bij mij geen twijfel, al had de wetgever het niet, in 1896, uitdrukkelijk bepaald. Toch heeft de uitdrukkelijke bepaling, welke ook de ontwerper van 1865 noodzakelijk achtte, de goede zijde, niet alleen dat daarbij de eisch wordt gesteld dat de valschheid bij strafrechterlijk vonnis moet zijn uitgemaakt, maar ook dat zij den strijd opheft, welke, ook onder de fransche schrijvers, over dit punt heerscht, zoo zelfs, dat GLASSON in zijne uitgave van BOITARD dezen op dit punt tegenspreekt. Maar zij heeft het nadeel dat de redactie aan art. 382 n°. 1 gegeven, nu opzettelijk den beslissenden eed uitsluit. Ik weet wel dat het gewone argument voor de uitsluiting voor een beroep op een valschelijk afgelegden beslissenden eed daarin bestaat, dat die eed op eene transactie berust, maar dit argument acht ik weinig afdoende: 1°. omdat ook de transactie niet bestand is tegen een gepleegd bedrog (art. 1896 § 2 B. W.) en ten andere omdat de natuur van transactie aan den beslissenden eed moet worden ontzegd. Het is waar dat de bepaling van art. 1973 B. W., volgens welke de tegenpartij niet ontvankelijk is om de valschheid van een door haar opgedragen en door de andere afgelegden eed te beweren, in het aan den eed toegekende karakter van transactie en ook in dat van overeenkomst hare verklaring kan vinden. Maar iets anders is een beweren der partij, wat eigen initiatief onderstelt, iets anders het beroep op een door den strafrechter op de vervolging van den openbaren aanklager bij vonnis als valsch verklaarden eed. In ieder geval staat art. 1973 den wetgever niet in den weg om, zelfs met behoud daarvan, van

den beslissenden eed te bepalen wat nu van den suppletoiren eed is bepaald. En dat hij dit had moeten bepalen, lijdt bij mij geen twijfel. Of is het niet een ergernis voor elk slechts eenigermate ontwikkeld rechtsgevoel, dat iemand zich ten koste van een ander verrijkt met een meineed, waarvoor hij door den strafrechter werd veroordeeld? Zie Dl. IV. bl. 337.

Het bedrog zal moeten worden bewezen door hem die zich tot staving van zijn request civiel daarop beroept. Dit zou waar zijn, al volgde 't niet uit de uitdrukkelijke bepaling van art. 1364 § 2 B. W. (Zie Dl. IV. bl. 166). En dat dit bewijs door vermoedens kan worden geleverd volgt uit art. 1859 B. W.

Het bedrog moet echter n a d e u i t s p r a a k o n t d e k t z ij n. Dit eischt art. 382 n°. 1. De Code vordert het niet en onze wetgever meende met dien eisch de fransche wet te verbeteren op het eenvoudig argument „dat men tegen bedrog of arglist vroeger ontdekt, gelegenheid heeft zijne belangen in het rechtsgeding zelf te doen gelden" v. D. HONERT op § 382 bl. 424. Intusschen komt het mij voor dat de aangevoerde reden van kortzichtigheid niet is vrij te pleiten en dat de onjuistheid van de bijvoeging niet beter kon worden betoogd dan door de afdeeling van de Tweede Kamer, die bij de behandeling van art. 649 n°. 10 de ook daar in het Ontwerp voorgestelde woorden: n a d e u i t s p r a a k bestreed en de Regeering van de juistheid harer bedenking overtuigde. Nu is 't maar jammer dat er inconsequentie in de wet is ontstaan, omdat men vergat ook op de bijvoeging in art. 383 n°. 1 terug te komen. Zie SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 15.

In het Ontwerp 1865 zijn de woorden in art. 1 n°. 1 van titel III behouden doch in art. 2 wordt het gevolg, eenigszins doch niet geheel, verholpen door bij ontdekking van 't bedrog na het bepalen van den dag der uitspraak maar toch vóór de uitspraak zelve uitstel van de uitspraak te vragen.

Het middel wordt nu slechts toegekend indien het bedrog ontdekt wordt n a d e u i t s p r a a k. Ook hiervan zal het bewijs door den eischer in request civiel geleverd moeten worden. Hij zal noodzakelijk moeten aanwijzen wanneer hij het bedrog ontdekte. Daarvan is toch de toelating van het request civiel in geval van bedrog afhankelijk gesteld, even goed als van het gepleegd bedrog zelf.

Het tweede door mij onder 1°. vermelde geval komt in de wet

onder n°. 8 voor en wordt door sommige schrijvers, als CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1763, als eene toepassing beschouwd van bedrog hetwelk hier slechts nader zou zijn gespecificeerd. Ook POTHIER brengt dit geval, in strijd met den tekst der Ordonnantie, in onmiddellijk verband met n°. 1 en zegt er van: „Ce cas-ci, est renfermé dans le précédent, car c'est un dol personnel de la partie d'avoir retenu des pièces." Proc. civile III, sect. 3, art. 1 § 384. Daaraan is waarschijnlijk de eenigszins schroomvallig door eene Afdeeling van de Tweede Kamer, bij de herziening van 1837, voorgebrachte bedenking te danken, waarbij zij de aandacht vestigt op de bepaling vermeld onder n°. 8, „vermits die veel gelijkheid had met n°. 1". De Regeering antwoordde nu zeer positief: „De gemaakte aanmerking schijnt niet gegrond. In het eerste geval (n°. 1) moet er stellig dolus aanwezig zijn, terwijl in het laatste geval enkele culpa voldoende wezen kan." Ofschoon de weinig stelselmatige wijze waarop de gevallen waarin request civiel wordt toegelaten het wel zou kunnen verklaren, dat er een voorkwam dat ook onder een ander in meer algemeene termen uitgedrukt zou kunnen begrepen worden, acht ik toch dat altijd een vermoeden voor het tegendeel moet worden aangenomen en dan vind ik in de woorden van n°. 8 „door het toedoen van de wederpartij achtergehouden" reden genoeg om 't bedriegelijk opzet hier niet noodig te achten en met GARSONNET § 1098 te zeggen: „Cette retention ne se confond pas nécessairement avec le dol, car s'il y a dol à retenir la pièce qu'on sait être décisive, il n'y en a pas à retenir celle qui l'est réellement mais qu'on ne croit pas si importante." „Door toedoen van de wederpartij zijn de beslissende stukken achtergehouden" is toepasselijk op alle gevallen dat de wederpartij de stukken in hare macht had en ze niet mededeelde. Het is niet noodig dat zij dit naliet wetens en willens, wetende alzoo dat het beslissende stukken waren en ze daarom niet mededeelende. Het bewijs van dat willen en weten, m. a. w. van het bedrog, behoeft de andere partij hier niet te leveren en de wederpartij kan het request civiel ook niet met een beroep op hare goede trouw afweren. De partij die het middel van request civiel aanwendt, doet dit nu op grond van die niet medegedeelde stukken, welke zij nu in handen heeft gekregen. Maar zij moet niet het recht hebben gehad de mededeeling van die stukken in het geding te vragen, want dan heeft zij niet alleen hare onbekendheid met de stukken aan zich zelve te wijten, maar dan

zijn die stukken ook niet door de tegenpartij achtergehouden. SCHENKENBERG VAN MIEROP, bl. 37 en 38. Alleen dan wanneer hier geen bedriegelijk opzet gevorderd wordt, is ook een rechtvaardiging te vinden voor de niet-opneming van dit n°. onder de redenen waarom request civiel van vonnissen der kantonrechters is toegelaten.

Ad IIum. Ook in dit geval is de rechter door valsche voorstellingen op een dwaalspoor gebracht. Hij heeft als echt beschouwd stukken die na het vonnis voor valsch erkend of valsch verklaard zijn. Het is ook hier niet noodig dat de partij, die van de stukken gebruik maakte, dat willens en wetens deed en alzoo daarop recht verkreeg. Indien dit het geval ware zou reeds op grond van n°. 1 request civiel in toepassing komen.

Erkenning van valschheid slaat op eene erkenning door de wederpartij. Verklaring op een daaromtrent gedane uitspraak des rechters 't zij burgerlijke, 't zij strafrechter. Maar hij die van request civiel gebruik maakt, moet gewapend met de erkenning of verklaring in het geding komen. Hij is niet ontvankelijk om het bewijs van de valschheid nog eerst te leveren. Ging het Ontwerp van 1865 niet te ver door een vonnis van den strafrechter te vorderen waarbij de valschheid wordt uitgesproken? „Het buitengewone middel moet hier alleen worden toegelaten, wanneer in facto door een afdoend bewijsmiddel geen geschil mogelijk is over den aangevoerden grond van de herroeping". In dienzelfden geest is ook de thans geldende bepaling gesteld. Zij laat niet toe dat de valschheid nog bewezen moet worden. Is dit niet voldoende? Een vonnis van den strafrechter laat toch ook nog tegenbewijs toe. art. 1955 B. W.

Wordt het middel op die wijze in het Ontwerp beperkt, aan den anderen kant wordt het, in art. 1 n°. 2 aldaar, niet ten onrechte uitgebreid tot het geval dat op door den strafrechter valsch verklaarde getuigenissen gevonnist werd. Dit zou naar de tegenwoordige bepalingen alleen kunnen geschieden, indien er omkooping van getuigen door de wederpartij had plaats gehad. Want dit zou zeker vallen onder het in n°. 1 van art. 382 bedoelde bedrog door de wederpartij in de procedures gepleegd.

Ad IIIum. Zagen we dat de Regeering niet heel vast in haar schoenen stond, toen zij in n°. 1 de woorden na de uitspraak inlaschte en deze in het analoge art. 649 n°. 10 op de aanmerking

van de Tweede Kamer liet vallen, terwijl de Kamer aan die woorden uitsluitend bij de behandeling van art. 649 aandacht schonk, even weinig zeker bleek de Regeering van hare zaak, toen zij in n⁰. 5 nog het vereischte van hetzelfde onderwerp inlaschte en dit dadelijk weer losliet, toen eene afdeeling de opmerking gemaakt had van niet wel te begrijpen, hoe het geval in n⁰. 5 bedoeld bestaan kon, zoodanig als het in den hollandschen tekst was uitgedrukt, waarin de woorden „over hetzelfde onderwerp" niet te vinden waren; het waren deze woorden die aan het mogelijk bestaan van het geval deden twijfelen." Ja, zeker zal het dus aangeduide geval niet licht voorkomen, daar moet al heel wat bijzonders samenloopen om het mogelijk te maken. Maar als het onderwerp niet hetzelfde is, dan is er geen strijd als hier wordt verondersteld tusschen twee vonnissen waaruit hunne onvereenigbaarheid voortvloeit, zoo dat het tweede onzeker maakt datgene wat door het eerste vonnis werd beslist. Dan kan men de bepaling wel voor niet geschreven houden als voor toepassing niet vatbaar. En daarom kan men juist dezelfde gronden wèl missen, maar heeft men, wil men zich aan de terminologie van art. 1954 § 2 B. W. houden, twee vonnissen noodig over dezelfde zaak, terwijl de eisch op dezelfde oorzaak berust en dan tusschen dezelfde partijen. Of wil men liever hetzelfde denkbeeld door den wetgever in andere ook al niet juiste bewoordingen zien uitgedrukt, dan denke men aan zaken door denzelfden rechter tusschen dezelfde personen en over hetzelfde onderwerp (art. 159) en nu niet in te gelijkertijd aanhangige zaken, maar in twee vonnissen in tegenstrijdigen zin beslist. Zie GARSONNET § 1118 *c* n^t^. 5 en CHAUVEAU e. a. aldaar aangehaald. Het verdient ook opmerking dat POTHIER t. a. p. hier aan niets anders denkt dan aan de vereischten van gewijsde zaak: „car, ce qui a été jugé en dernier ressort devant être immuable entre les parties, un jugement qui juge le contraire entre les mêmes parties ne peut avoir aucun effect." OUDEMAN (II bl. 54) komt evenals DE PINTO daar aangehaald, tot hetzelfde resultaat. Zie ook SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 23 vv. en de daar aangehaalde rechterlijke uitspraken

Bij GARSONNET kan men aangewezen vinden, wat er alzoo moet samenloopen om dit geval mogelijk te maken. Ik neem dit over om er dan ook maar niet langer bij stil te staan. „Il faut supposer pour rendre cette situation vraisemblable — et encore! — que deux

personnes ont plaidé ensemble, que toutes deux sont décedées, que leurs héritiers ignorent le jugement rendu entre elles, que les avoués qui auraient pu les en instruire sont sortis de charge, que ces héritiers réengagent le procès dans les mêmes conditions, que le tribunal qui en est saisi ne compte plus dans son sein un seul des juges qui ont participé au premier jugement, qu'aucun de ceux qui en font actuellement partie n'a connaissance de ce jugement et que le second jugement en est la négation." Het is dus eene bepaling die òf niet in toepassing kan komen, òf geschreven is voor een casus zoo goed als non dabilis. Zou men haar missen als ze niet in de wet stond?

II. Een tweede categorie van gevallen bevat de zoodanige waarin de rechter bij het wijzen van het vonnis zijne taak niet naar behooren vervulde door

1°. iets anders of meer toe te wijzen dan geeischt was, art. 382 n°. 2 en 3;

2°. te verzuimen op een der gedeelten van den eisch uitspraak te doen, art. 382 n°. 4;

3°. in zijn vonnis tegenstrijdige beschikkingen op te nemen, art. 382 n°. 6.

Ad Ium. Wanneer men in aanmerking neemt dat niemand gedwongen wordt de hulp des rechters, die voor hem tot handhaving van zijn recht beschikbaar is gesteld, in te roepen omdat de bijzondere personen in 't algemeen de vrije beschikking over hunne rechten hebben, dat derhalve de rechter geen rechtspreekt, wanneer zijne tusschenkomst niet wordt ingeroepen, dan vloeit daar ook uit voort dat hij alleen rechtspreekt over datgene waarover zijne rechtspraak door de rechtzoekenden gevraagd wordt en hij niets anders en ook niet meer mag toewijzen dan de rechtzoekende zich toegewezen wilde zien. Er ligt dus inderdaad eene overschrijding van rechtsmacht in dat iets anders of meer toewijzen. Dit werd ook opgemerkt door den heer DAAM FOCKEMA in de Tweede Kamer bij de beraadslagingen medegedeeld in Geschiedenis der beraadslagingen over B. R. van NOORDZIEK 1827/28 I. bl. 159. Nu zou het middel van cassatie op grond van overschrijding van rechtsmacht toepasselijk zijn, indien niet de wetgever voor deze gevallen het request civiel had

ingesteld en eene bijzondere wet (art. 382 2°. en 3°.) niet aan de algemeene (art. 97 R. O.) derogeerde. En indien de wetgever in eene uitdrukkelijke wetsbepaling de taak des rechters had omschreven, zou ook wegens schending der wet cassatie kunnen worden aangewend, doch dergelijke bepaling ontbreekt. Zoo zijn we dan op het middel van request civiel aangewezen in gevallen in aard geheel verschillende van de straks sub I behandelde.

De vraag of er meer of iets anders is toegewezen dan gevraagd was, moet door vergelijking van het dispositief van het vonnis met het petitum der dagvaarding worden uitgemaakt of ook door vergelijking met de conclusie waarbij de oorspronkelijke eisch werd verminderd en waaraan de rechter zich heeft te houden (art. 134). Meer wordt niet alleen toegewezen, wanneer in een hoogere som wordt veroordeeld dan door den eischer werd gevraagd, maar ook wanneer bijkomende veroordeelingen worden uitgesproken, welke de rechter niet ambtshalve mag toewijzen, zooals veroordeeling bij lijfsdwang, veroordeeling in de kosten, uitvoerbaarverklaring van het vonnis bij voorraad. Toch zal men in deze twee laatste gevallen van request civiel geen gebruik kunnen maken, omdat hier een geschil bestaat over de vraag, of de wet de uitspraak ambtshalve al of niet toelaat en daarvoor het middel in cassatie is gegeven. De rechter zal daar waar hij meer toewees dan geeischt was dikwijls gezegd kunnen worden iets anders dan het geeischte te hebben toegewezen, bijv. waar hij aan een vruchtgebruiker den eigendom toewees, maar iets anders is niet altijd meer dan 't gevraagde, zooals de veroordeeling van iemand in eene andere hoedanigheid dan waarin tegen hem geageerd werd, bijv. wanneer hij een erfgenaam onder voorrecht van boedelbeschrijving als zuiver erfgenaam veroordeelt. Het onderscheid tusschen iets anders en meer is in bijzondere gevallen dikwijls niet uit te maken. Zie echter ook SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 29.

2°. De rechter is verplicht recht te spreken. Voldoet hij aan die verplichting niet, dan kan daarin rechtsweigering gelegen zijn. Zeker vloeit uit zijne verplichting om recht te spreken ook de verplichting voort om op alles wat aan zijn oordeel wordt onderworpen recht te doen, m. a. w. op alle gedeelten van een eisch uitspraak te geven. Maar een verzuim te dien aanzien maakt nog geen rechtsweigering en toch is herstel daarvan noodig. De wetgever geeft daartoe request

civiel, al mocht hij het liever tot een geval gemaakt hebben waarin door schending van de wet cassatie werd toegepast. Daarover hierboven bl. 303 vv.

3°. „Il ne peut y avoir un plus grand défaut que la contradiction" zegt POTHIER t. a. p. en geeft daarin de reden voor de toelating van request civiel. Afdoende schijnt die reden zoo dadelijk wel niet. Maar de reden waarom in het Ontwerp 1865 dit geval wordt weggelaten is ook niet zeer overtuigend. „Daar is geen reden denkbaar" lees ik op bl. 178 in de toelichting, „waarom in deze feitelijke dwalingen of vergissingen van den rechter die in het hoogste ressort oordeelt, meer dan in zoovele andere, die wel zoo verschoonbaar en ook wel zoo mogelijk zijn, eene aanleiding moet zijn gelegen om een door den wetgever slechts zelden toe te laten inbreuk op de kracht der gewijsde zaak te rechtvaardigen." Is die schroom wel gerechtvaardigd ten aanzien van een gewijsde, dat zich zelf vernietigt daar het mij in de verlegenheid laat, aan welke der daarin voorkomende tegenstrijdige uitspraken mij te houden? Mag zulk een gewijsde mij worden tegengeworpen wanneer ik om een beter te verkrijgen den eisch op nieuw instel? Moet er dan niet een middel zijn om dit in het hoogste ressort gewezen vonnis verbeterd te krijgen? Als ik dit bedenk, dan wordt mij ook de reden door POTHIER gegeven duidelijker. Er is geen ander middel, dus geeft de wet het buitengewoon middel van request civiel tegen een vonnis, dat door dat groote gebrek van tegenstrijdige beschikkingen te bevatten mij niets geeft en mij in de handhaving van mijn recht belemmert in stede van deze te bevorderen. En dan kan zeker de verbetering van het gebrek niet beter dan van denzelfden rechter gevraagd worden. Men bedenke evenwel dat zoodanige tegenstrijdigheid moet bestaan, dat daardoor tenuitvoerlegging onmogelijk is. Zoo zal het geval zich zeker al niet licht voordoen. Maar het middel daarom niet op te nemen? Baten zal 't wellicht niet, maar schaden zeker niet.

III. Het bijzondere geval, waarin afgescheiden van de acht in art 382 opgenoemde gronden, het middel van request civiel wordt toegekend aan minderjarigen en ondercurateelegestelden is dat zij niet verdedigd zijn geweest. Art. 383.

„Minderjarigen zullen daarenboven," zegt het aangehaald artikel,

„tot het verzoeken van zoodanige herroeping nog ontvankelijk zijn indien zij niet verdedigd zijn geweest." Zij zullen alzoo alleen omdat zij minderjarig zijn en al zijn zij vertegenwoordigd geweest door vader of voogd, nog ontvankelijk zijn het door een vonnis in het hoogste ressort afgesloten geding door het middel van request civiel te heropenen, ten einde desnoods alsnog een nieuwe behandeling van de zaak bij den rechter die 't vonnis wees te doen plaats hebben. De meerderjarige, die de wederpartij was in het geding zal alzoo, indien de voogd den minderjarige onverdedigd liet, de door een gewijsde tusschen hem en den minderjarige gevestigde rechtsverhouding op losse schroeven zien gesteld. En dat niettegenstaande art. 1484 B. W. den regel stelt dat, wanneer de vader of voogd handelingen heeft verricht, die zijne bevoegdheid niet te buiten gaan, wat ook hier verondersteld wordt evenals dat de voorgestelde formaliteiten zijn in acht genomen, de minderjarige beschermd wordt alsof hij de handeling nà zijne meerderjarigwording had verricht, onverminderd zijn verhaal op den voogd.

Waarom geldt ditzelfde niet voor het proces, terwijl de wetgever het optreden van den voogd in een proces voor den minderjarige in de artt. 461, 462 en 463 opzettelijk regelt? Uit die bepalingen volgt, in welke gevallen de voogd machtiging of verlof van den kantonrechter behoeft, en uit het gevolg, hetwelk art. 461 aan het geding voeren zonder verlof verbindt, volgt duidelijk genoeg dat ook de niet-opvolging van de volgende bepalingen op verantwoordelijkheid van den voogd jegens den minderjarige geschiedt. Art. 462 hetwelk meer bepaaldelijk het geval behandelt, waarin art. 383 het middel van request civiel toekent, kan niet anders beöogen dan die verantwoordelijkheid van den voogd. Terwijl nu alleen in geval van collusie van den voogd met de wederpartij, maar buiten dat geval allerminst aan de wederpartij in het proces te wijten is dat zij, tengevolge van de berusting van den voogd en het dientengevolge onverdedigd blijven van den minderjarige, gelijk kreeg, daar hij evenmin als de wetgever noch de rechter den voogd tot handelend optreden zou kunnen noodzaken, kan het geval zich zelfs voordoen dat er geen enkele reden bestaat om de wederpartij, voor 't verzuim van den voogd, met geheele rechtsonzekerheid omtrent zijn recht te doen boeten, wat inderdaad tegenover dien meerderjarige op eene wettelijke rechtsweigering neerkomt. Waar het middel van request civiel tot zulk een resultaat leidt, wordt het zeker een onmogelijk middel.

Onmogelijk gelukkig ook in dien zin, dat er niet licht gebruik van gemaakt kan worden, zooals het dan ook bij ons nimmer in toepassing is gebracht.

Onze wetgever schreef den franschen wetgever na en deze de bepaling van art. 35 van den 35sten titel der Ordonnantie. De Code de pr. ging evenwel verder en liet op 't voorbeeld der Ordonnantie het middel toe „s'ils n'ont été défendus ou s'ils ne l'ont été valablement." De wet bedoelde dan met het niet verdedigd geweest zijn, het geval dat de minderjarige in den persoon van den voogd bij verstek was veroordeeld en met het niet voldoende verdedigd, dat bij een op tegenspraak gevoerd geding de verdediging ontbroken had, welke tengevolge had kunnen hebben dat het vonnis in het voordeel van den minderjarige gewezen ware. Zie bij JOUSSE op het artikel en het daar aangehaalde „procesverbal".

Men had bij ons in de Tweede Kamer in 1837 een duister gevoel ten aanzien van de onjuistheid van dit artikel, toen werd opgemerkt dat de bepaling toch wel niet voor alle gevallen zou gelden, maar alleen voor die in het vorige artikel bedoeld. Dat zou zeker nog zonderlinger bepaling geweest zijn, maar juister oordeelden zij die de opmerking maakten, dat anders nimmer een vonnis tegen een minderjarige, indien de voogd geen verdediging had gedaan, in kracht van gewijsde zou gaan." Maar de Regeering deed dezen twijfel verstommen met de opmerking dat aan de minderjarigen niets verder was gegeven dan de bekende restitutio in integrum ob causam aetatis, welke zoo bij de vroegere wetgeving als bij de thans bestaande, als een faveur aan de minderjarigen was gegeven ten einde de collusie te verijdelen, welke tusschen den voogd en de wederpartij des minderjarigen kon plaats grijpen." V. D. HONERT op § 383. OUDEMAN II, bl. 56 gelooft met de Regeering aan de toepassing van de restitutio in integrum. Men vergat dat die restitutio in integrum, eene antiquiteit was, wel Romeinsch maar in het hedendaagsch recht, met zijne geheel andere voorzieningen in het belang der minderjarigen, geheel misplaatst. De Regeering meende al veel gedaan te hebben door de niet behoorlijke verdediging weg te laten. Doch nu is toch ook de berusting zelfs met machtiging van den rechter in de bepaling begrepen. Immers was de „restitutio" die men hier meende te doen herleven zelfs door de medewerking van de overheid tot de handeling niet uitgesloten. Zie GOUDSMIT, Pandektensysteem § 111 n⁰. 7 en over het ongepaste

van die restitutio ook in onze tegenwoordige wetgeving aldaar, bl. 303 n[t]. 1.

Intusschen zou toch het middel rechtmatige toepassing kunnen vinden, indien een minderjarige in een geding persoonlijk optredende, bij vonnis veroordeeld of hem zijn eisch ontzegd werd, hoe weinig het geval zich in den tegenwoordigen toestand der maatschappij zal voordoen. Doch evenals het kan voorkomen, dat een minderjarige zich persoonlijk verbindt en dat hij voor zoodanige verbintenis in rechte wordt geroepen, evenzeer kan hij een ander in rechte roepen. Verschijnt hij in het eerste geval zelf en niet zijn vader of voogd, dan kan hij zich wel op zijne minderjarigheid beroepen, maar doet hij dit niet en wordt hij veroordeeld, dan is hij inderdaad niet verdedigd geweest, en moet hem tegen het hem veroordeelend vonnis even goed in het request civiel een middel zijn geschapen als hem de actie tot nietigverklaring eener verbintenis is gegeven. Treedt hij als eischer in rechte op, de tegenpartij die met hem de overeenkomst, waaruit geageerd wordt, aanging, zou zich op zijn minderjarigheid niet kunnen beroepen om art. 1367 § 2 B. W. Werd dan de minderjarige in het ongelijk gesteld, hij zou als niet verdedigd een middel moeten hebben om tegen het ook in het hoogste ressort gewezen vonnis op te komen. En hierop zou ik ook art. 383 toepasselijk achten. Want evenals de minderjarige door vader of voogd niet verdedigd wordt, wanneer eene voor hem ingestelde actie niet gehandhaafd wordt, zoo wordt ook hier de minderjarige die zelfstandig optreedt niet verdedigd, omdat zijn wettige vertegenwoordiger niet voor hem optreedt. Trad de minderjarige in een geding op tot handhaving van een zakelijk recht of van eene op hem door erfrecht overgegane verbintenis, de tegenpartij zou hem zeer zeker zijne minderjarigheid kunnen tegenwerpen als niet verplicht om zich met een onbekwame in te laten die, even onbekwaam als hij is om zich te verbinden, een ander niet kan verplichten om met hem geding te voeren. Laat hij zich met den minderjarige in, hij zal zich naar analogie van art. 1367 § 2 B. W. op de minderjarigheid niet kunnen beroepen en het vonnis zal hij zich moeten laten welgevallen, als hadde hij met een meerderjarige 't proces gevoerd. De minderjarige daarentegen zou ik hier geholpen willen zien evenals in het geval dat hij uit eene door hem zelvén aangegane overeenkomst ageerde. Verg. SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 41 vv. waar ook 't verschil van gevoelen tusschen de fransche schrijvers

wordt behandeld of den minderjarige die zelfstandig geding voerde, wel in 't geheel request civiel zou toekomen, waarbij hij zich terecht aan de zijde der voorstanders schaart. Een voorbeeld van een minderjarige die handel dreef en voor de daarbij aangegane verbintenis in rechte werd geroepen, levert de jurisprudentie op in eene zaak voor de Rechtbank te Utrecht behandeld en medegedeeld in N. Rechtsg. Bijblad (1871) Dl. XXI, bl. 91. In dat proces werd evenwel door den vader als vertegenwoordiger van den minderjarige procureur gesteld en het proces verder gevoerd.

Ik zou alzoo voor gevallen als hier vermeld, waarin de minderjarige zelf in het geding is opgetreden, het middel willen behouden. In het Ontwerp 1865 wordt de geheele afschaffing voorgesteld.

Van onder curateele gestelden spreekt de wet in art. 383 niet, maar art. 506 § 1 B. W. maakt deze bepaling ook op onder curateele gestelden van toepassing.

Onze wetgever deed wijs door het middel van request civiel althans niet toe te kennen aan den Staat, de gemeenten en de openbare instellingen (art. 481 C. d. pr.) al heeten deze ook personae miserabiles. De belgische Staat vond in die bepaling eens aanleiding om te beweren dat hij onverdedigd of althans niet behoorlijk verdedigd was geweest, doordien de Minister voor de spoorwegen in de plaats van dien van publieke werken voor hem was opgetreden! Zie arr. Hof v. Cass. 23 Juni 1898 Belg. jud. 1898 nº. 89.

§ 184. De Partijen.

Dezelfde partijen niet feitelijk dezelfde personen.

Van request civiel kunnen evenals van hooger beroep en van cassatie alleen partijen gebruik maken. Ook hier zullen het niet altijd feitelijk dezelfde personen zijn, daar verandering in hun staat ten gevolge kan hebben dat anderen in hunne plaats komen. Ook bij rechtspersonen blijft verandering in de personen der in rechte opgetreden bestuurders niet altijd zonder invloed.

Wat de partijen betreft en hare bevoegdheid om van het middel gebruik te maken is het hier dus in hoofdzaak niet anders dan bij hooger beroep en cassatie en kan ik in 't algemeen naar § 159 verwijzen.

Slechts enkelé opmerkingen. Wat de in art. 382 vermelde gronden voor request civiel, welke even goed voor minderjarigen als voor meerderjarigen gelden, betreft, zal verandering in hun staat nà het

voeren van het geding dat met het aan request civiel te onderwerpen vonnis besloten werd, geen ander gevolg hebben dan ik t. a. p. aanwees. Evenzoo is het met onder curateele gestelden.

Ten opzichte van het hun om hunne minderjarigheid of curateele toegekend voorrecht om van request civiel gebruik zal maken dient alleen opgemerkt dat, wanneer de voogd of curator hen onverdedigd liet, natuurlijk niet licht diezelfde voogd of diezelfde curator tot het middel van request civiel zijn toevlucht zal nemen. Het behoeft daarom nauwelijks de vraag te zijn, of deze bevoegd waren tegen hun eigen verzuim op te komen. Wil men de vraag stellen, dan geloof ik die bevestigend te moeten beantwoorden, omdat het hier niet geldt het belang van den voogd of curator in persoon, maar dat van den minderjarige of onder curateele gestelde. Het is wel waar, dat de voogd of curator, wanneer hij op die wijze aan den minderjarige herstelling bezorgde, daardoor zich tegen eene actie tot schadevergoeding jegens den minderjarige zou kunnen behoeden. Maar hij zou zich dan weder te verantwoorden hebben jegens de partij die hij door zijn verzuim het proces liet winnen. Dan moet er evenwel geen collusie tusschen den voogd en die partij hebben plaats gehad, waarvan de wetgever bij het toekennen van het privilegie aan den minderjarige de mogelijkheid onderstelde. Is dit het geval geweest, dan zal de voogd zich wel stil houden en zich wachten „slapende honden wakker maken". Een verzoek tot request civiel zal dus in het hier bedoelde geval van den voogd wel niet anders uitgaan dan van een voogd die opvolgt in de voogdij.

Maar indien de minderjarige zelf in het geding optrad, dan is de voogd zeker tot request civiel bevoegd. Want bij analogie zal toch wel de bepaling van art. 1483 gelden, dat de handelingen van minderjarigen of onder curateele gestelde personen niet alleen op een door hen, maar ook van hunnentwege ingestelde vordering nietig verklaard worden. Bij onder curateele gestelden zal hier de bepaling van art. 501 te pas kunnen komen. Overigens stelt de minderjarige na meerderjarigwording en de onder curateele gestelde na opheffing der curateele het request civiel zelf in. Dit vooronderstelt de wetgever ook duidelijk genoeg in art. 385 § 2; eene bepaling welke niet anders dan een noodzakelijk gevolg is van de toekenning van het privilegie aan den minderjarige.

Wat de rechtspersonen betreft merk ik alleen op, dat in zooverre de bestuurders die voor hen optreden machtiging tot het

voeren van gedingen behoeven, zij dit zeker in het bijzonder noodig hebben voor het geval dat te hunnen behoeve van request civiel moet worden gebruik gemaakt of dat zij in een request civiel worden betrokken. Al geldt het hier dezelfde zaak, waarover geprocedeerd was, het is een geheel nieuw geding. Ook daarin komt het uit dat wij hier met een buitengewoon middel te doen hebben. Overigens verwijs ik naar het hierboven gezegde op bl. 68.

Behalve van hen die partijen geweest zijn spreekt de wetgever hier in het bijzonder van hen die geroepen zijn. Men kan hier een terugslag vinden op hen die bij verstek veroordeeld, niet meer tegen het vonnis in verzet kunnen komen. Dit was ook duidelijk de opvatting van onzen wetgever bij de vaststelling van art. 321 van het wetboek van 1830. Het „dûment appelés" van art. 480 C. de pr. was daar in den hollandschen tekst overgebracht door „tot het wijzen van dezelve (vonnissen) behoorlijk geroepen zijn". En het artikel bleef zoo zonder dat acht werd gegeven op de vraag in eene afdeeling gedaan, hoe 't moest als in eersten aanleg uitspraak was gedaan op een verzoekschrift door de eene partij ingediend zonder de andere daarop te hooren. Ook zal de verandering van redactie, welke het artikel bij de herziening van 1837 onderging, wel niet anders dan eene bekorting der breedsprakigheid beoogd hebben. Want bij eene veroordeeling bij verstek ligt het „dûment appelé" in de veroordeeling opgesloten, die door den rechter anders niet had mogen worden uitsproken (art. 76) en waarop in het hier onderstelde geval dat het verzet niet meer kan worden gebruikt, toch niet meer kon worden teruggekomen. Zie ook OUDEMAN II bl. 52 § 26 a. h. e. en DE PINTO ald. aangehaald.

§ 185. DE TERMIJNEN.

Drie maanden na het vonnis.

a. Het request civiel moet worden gedaan binnen drie maanden na de uitspraak van het vonnis of zoo dit bij verstek gewezen is binnen drie maanden na den dag waarop het niet meer vatbaar is voor verzet. Art. 385 § 1.

Na de ontdekking van bedrog, enz.

b. De toekenning van het middel zou evenwel weinig baten, wanneer het gegrond is op zoodanige feiten of omstandigheden, welke uit hunnen aard even goed nà als vóór het verloopen van dien termijn ter kennis van de door het vonnis benadeelde partij kunnen komen. Zoo zal dan, indien men zich beroept op bedrog, valschheid of het ont-

dekken van achtergehouden stukken, de termijn eerst beginnen te loopen van den dag, waarop het bedrog of de valschheid bekend is geworden of de stukken ontdekt zijn. Art. 387.

c. Indien tegenstrijdigheid van vonnissen beweerd wordt loopt de termijn van de uitspraak van het laatste vonnis en, zoo dit bij verstek gewezen is, van den dag waarop het niet meer vatbaar is voor verzet. Art. 388. Bij tegenstrijdige vonnissen.

d. Voor minderjarigen die niet verdedigd zijn, begint de termijn te loopen op den dag der meerderjarigheid. Art. 385 § 2. Minderjarige.

e. Mocht de partij die van het middel had kunnen gebruik maken overlijden binnen den daartoe gestelden termijn, dan kunnen de erfgenamen request civiel nog verzoeken binnen drie maanden na dat overlijden, of zoo zij van het recht van beraad gebruik maken, binnen eene maand na afloop van den daarvoor gestelden termijn. Art. 386, j°. 341. Voor erfgenamen.

a. In verband met de volgende bepalingen is art. 385 § 1 alleen toepasselijk op de gevallen waarin de rechter niet naar behooren heeft rechtgesproken en welke in art. 382, 2°, 3°, 4° en 6° vermeld worden. De bepaling is in 1896 gewijzigd om ook deze bepaling in overeenstemming te brengen met het toen aangenomen beginsel dat de termijn niet meer loopt van den dag der beteekening maar van dien der uitspraak. HARTOGH en COSMAN op artt. 385 en 388 bl. 145. Ten opzichte van het verstek is dit evenwel zoo duidelijk niet. Immers ook bij de herziening van de nieuwe wet is de beteekening van het vonnis behouden en dus had, zoo goed na de herziening als onder de oude wet, de aanvang van den termijn vanaf de beteekening kunnen behouden blijven. Zoo goed of zoo kwaad als? Want was het wel redelijk den termijn van request civiel, welk middel gegeven werd tegen vonnissen bij verstek die niet meer vatbaar voor verzet zijn te doen aanvangen met de beteekening van het vonnis en alzoo te laten loopen gedurende den tijd dat het vonnis nog vatbaar voor verzet was? Alzoo den met request civiel gebenificeerde als een verzuim met opzicht tot dit middel aan te rekenen ook den tijd waarin hij er nog geen gebruik van mocht maken? Met onze uitleggers aan te nemen dat de termijn ook naar de oude wet eerst zou loopen nadat het vonnis

voor verzet niet meer vatbaar was, OUDEMAN bl. 57, komt mij zeer bedenkelijk voor. Zie ook SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 52. Doch ook uit dit oogpunt is er dus eene verbetering bij de herziening in 1896 in deze bepaling gebracht door den termijn te doen loopen van den dag, waarop het vonnis niet vatbaar meer is voor verzet en alzoo de termijn voor verzet verloopen is. Zoo is er althans overeenstemming gebracht tusschen art. 385 § 1 en art. 382 § 1.

Intusschen, wanneer wij nu weer nagaan dat art. 385 § 1 ofschoon algemeen luidende alleen op de gevallen, waarin de rechter niet naar behooren rechtsprak, nl. op die vermeld in art. 382 n°. 2, 3, 4 en 6 van toepassing is, dan vragen wij weder, voor zoover die gevallen ook voor den gedaagde geschreven zijn, waarom moet aan hem aan wien verzet geweigerd wordt, omdat hij dit middel niet gebruikte binnen den hem gegeven tijd nadat hem het vonnis bekend was, request civiel worden gegeven, ofschoon hij ook daarvoor den grond uit het vonnis kon leeren kennen? Het ware is dat het hier in het geheel niet had toegekend moeten worden. Verg. hierboven bl. 311.

b. Dat de aanvang van den termijn hier op volkomen rationeele wijze is bepaald, behoeft geen betoog. Men vindt de analogie in de bepaling van art. 1490, B. W. Maar waarom wordt dáár in geval van dwaling of bedrog een termijn van vijf jaren na de ontdekking daarvan toegekend en hier maar drie maanden? Heb ik nu zooveel langer bedenktijd noodig om op grond van dwaling eene actie tot nietigverklaring eener verbintenis in te stellen dan een middel aan te wenden dat op vernietiging van een tengevolge van bedrog of dwaling gewezen vonnis aangelegd is? Verdient de wederpartij zooveel langer aan de gevolgen van zijn bedrog of van de dwaling van hem die zich verbond bloot te staan waar het eene gesloten overeenkomst dan wanneer het een vonnis geldt? Ik weet het niet of de wetgever zich dit heeft voorgesteld, maar welke reden hij er voor kan gehad hebben, weet ik nog minder. Bij de verbintenissen komt mij de termijn exorbitant lang voor, al heeft onze wetgever gemeend al veel te doen door de tien jaren van art. 1304 C. C. tot vijf terug te brengen, en de tijd van drie maanden in vergelijking daarmede exorbitant kort. De korte termijn voor het middel van request civiel, die op zich zelf lang genoeg zou kunnen geacht worden, omdat als eens de dwaling of het bedrog ontdekt zijn, er geen lange tijd noodig is om omtrent de aanwending van het middel tot

een besluit te komen en omdat de rechtszekerheid een langer uitstel niet duldt, laat zich verdedigen. Maar dit geldt ten aanzien van verbintenissen eveneens. Ik kan mij voorstellen dat de wetgever met het oog op de rechtszekerheid ten aanzien van verbintenissen den termijn had laten loopen van het aangaan der verbintenis en dat hij begrepen had na een zeker tijdsverloop geen onderzoek naar bedrog of dwaling meer te moeten toelaten. En dan had hetzelfde voor een door bedrog of dwaling verkregen vonnis kunnen bepaald worden. De korte termijn verklaart zich daarbij alleen uit de omstandigheid dat wij hier met een vonnis te doen hebben, en bij vonnissen drie maanden zoo wat een gewone tijd voor voorzieningen daartegen is; dan, dat we hier met een buitengewoon middel te doen hebben dat naar zijn oorsprong eenigszins bij gunst wordt verleend en eindelijk uit de magische kracht van de res judicata. Met deze laatste zal ook wel in verband staan de beperking in het bewijs dat nl. de dag der ontdekking bij geschrifte moet bewezen worden. Al staat nu het bewijs door vermoedens open ten aanzien van het bedrog zelf, zal dit niet merkelijk worden beperkt niet alleen doordien de dag van de ontdekking moet bewezen worden, maar ook door den eisch dat de dag der ontdekking door geschrift kunne bewezen worden, zoodat de eischer in zake van request civiel met zoo'n stuk gewapend in rechte zal moeten verschijnen en daarop zijn eisch gronden? Niet altijd zal het bewijs zoo gemakkelijk te leveren zijn als wanneer het request civiel gegrond wordt bijv. op een valschelijk afgelegden suppletoiren eed, vermits er een vonnis van den strafrechter daartoe noodig is, en dan zal de eischer ook door datzelfde vonnis bewijs leveren van den dag waarop het bedrog bekend werd. Maar dan is de termijn van drie maanden na dat bekend worden door een in het openbaar uitgesproken vonnis dat den belanghebbende desniettemin volkomen onbekend kan zijn gebleven, weer wat heel kort. Nog erger wordt het wanneer men mocht meenen dat het bedrog of de valschheid reeds bekend werd door de gerechtelijke vervolging. Onze wetgever spreekt niet van reconnus zooals de Code, maar van bekend. Zou men hier aan een min juiste vertaling mogen denken en bekend verstaan alsof er stond erkend? Ik geloof het niet omdat er eerder een vermoeden voor het tegendeel is, aangezien het woord reconnus in den fr. tekst van art. 326 W. 1830 geheel was welgevallen. — Art. 387 klopt niet volkomen met art. 382 n°. 1 en 7. Immers dan moest er staan „de

valschheid erkend, het bedrog of de stukken ontdekt zullen zijn."

Ik vrees dat door deze bepaling hier met de eene hand genomen wordt wat met de andere gegeven werd. Zou zoo 't gering gebruik, dat er van het middel wordt gemaakt, ook daaruit verklaard kunnen worden, dat het zoo weinig bruikbaar is?

c. Ook voor dit geval werd de bepaling van art. 388, door den termijn niet meer te laten loopen van de beteekening van het laatste vonnis, maar van de uitspraak en voor vonnissen van verstek van den dag waarop het niet meer vatbaar is voor verzet, nu de beteekening niet meer vereischt wordt om de vonnissen op tegenspraak kracht van gewijsde te doen verkrijgen, daarmede in overeenstemming gebracht. HARTOG en COSNAN t. a. p. Ik verwijs daaromtrent naar het gezegde onder letter *a*.

d. Minderjarigheid. De oude wet deed in dit geval den termijn loopen van den dag op welken beteekening van het vonnis aan den persoon of de woonplaats van den minderjarige, na zijne meerderjarigheid, plaats had gehad. Naar art. 385 § 2 zal die nu ingaan op den dag der meerderjarigheid.

„In het Voorloopig Verslag der Eerste Kamer," dus leest men bij HARTOG en COSMAN t. a. p. bl. 145, „vond de wijziging van het tweede lid van art. 385 geene algemeene goedkeuring; men betwijfelde althans, of de dag der meerderjarigheid wel het geschikte tijdstip geacht mag worden om den termijn binnen welken request civiel kan worden gevraagd, te doen loopen. In het afgetrokkene is voor dien twijfel grond, maar aan de andere zijde is in het oog te houden, dat art. 383 een bedenkelijke bevoegdheid schept, die eer, zooals het Ontwerp-1865 deed, zou behooren geschrapt, dan uitgebreid."

Ik zou meenen dat in het aangehaald V. V. volstrekt niet in het afgetrokkene geredeneerd werd, maar het oog werd gevestigd op eene bij de wet toegekende bevoegdheid, die om hare bedenkelijke zijde moge verdienen geschrapt te worden, maar die zoolang de wetgever haar blijft toekennen, bruikbaar moet blijven. Van uitbreiding kon natuurlijk, bij 't behoud van de bestaande bepaling, geen sprake zijn, wel van bruikbaarheid, en deze meende de wetgever van 1838, op 't voorbeeld van den C. d. pr., te bevorderen door te zorgen dat de minderjarige de hem in zijn belang verleende bevoegdheid niet verloor, voordat hij wist dat hij ze had. Wanneer men zich voorstelt

dat het ten nadeele van den minderjarige gewezen vonnis door collusie van zijn voogd met de wederpartij verkregen was, en aan het vonnis uitvoering gegeven, dan zou wel niemand reden vinden voor de beteekening van het vonnis, maar dan liep de termijn voor den minderjarige in het geheel niet en kon hij, bij ontdekking, altijd nog tegen het vonnis opkomen. Moest het vonnis nog uitgevoerd worden, dan werd de beteekening een middel om het vonnis bij den minderjarige, die niet persoonlijk het geding had gevoerd, bekend te doen worden. Dat van het middel nimmer gebruik werd gemaakt kan als een vermoeden gelden dat dergelijke collusiën van voogden met wederpartijen zelden voorkomen, maar als men daaruit afleidt, dat het „uit een praktisch oogpunt" geen zorg behoeft te baren, indien al de toegekende bevoegdheid weinig bruikbaar werd gemaakt, gelijk de HH. HARTOG en COSMAN ten slotte opmerken, dan geeft dit praktisch oogpunt blijk van kortzichtigheid, daar een verstandig wetgever weet dat menige bepaling en geheele instellingen zelfs hoofdzakelijk prophylactisch werken mits zij, natuurlijk, bruikbaar zijn.

Met betrekking tot onder curateele gestelden kan de termijn al heel lang worden, indien de curateele niet opgeheven en dus wel na den dood van den onder carateele gestelde request civiel door den erfgenaam kan worden ingesteld.

Hierboven heb ik reeds te kennen gegeven dat ook mij het middel van request civiel voorkomt ten onrechte aan minderjarigen tot bestrijding van verzuim of collusiën hunner voogden te zijn gegeven, maar dat het, naar analogie van art. 1482, voor minderjarigen die persoonlijk in rechte zijn opgetreden, behouden moet blijven. Voor dat geval evenwel kan de termijn met de meerderjarigheid aanvangen. De minderjarige weet even goed dat hij geprocedeerd heeft en ongelijk heeft gekregen als dat hij eene verbintenis aanging.

Opmerking verdient nog dat de bijzondere termijn voor minderjarigen tot de voor hen in 't bijzonder bestaande reden beperkt is. Art. 385 § 2 bepaalt dit opzettenlijk. Zie v. D. HONERT op § 385.

e. Erfgenamen. Dat het middel op de erfgenamen overgaat is natuurlijk, maar 't moet, even natuurlijk, voor hun auteur nog opengestaan hebben. Dat dan voor de erfgenamen de termijn eerst na het overlijden loopt is rationeel. Zij behoefden er niet eer aan te denken. Dat de toepasselijkheid van deze bepaling omtrent de erfgenamen op de erfgenamen van den minderjarige, toepasselijk is,

volgt uit de duidelijke bewoordingen van art. 386, hetwelk van de bovengenoemde termijnen, dus die van art. 385 § 1 en 2, spreekt. Maar bij bedrog en valschheid en later ontdekte stukken is het niet anders, en evenzoo bij tegenstrijdigheid van vonnissen, art. 387 en 388. Wel zou men kunnen beweren dat de bepaling van art. 385 even goed als artt. 387 en 388 voor de bijzondere daar geregelde gevallen geschreven is en dat zij dus ook als bijzondere regelingen onafhankelijk van elkander zijn. Doch de wijze waarop zij in de wet met elkander in verband gebracht zijn, geeft eerder aanleiding tot de opvatting dat de wetgever art. 385 § 1 en zoo ook art. 386 als algemeene bepalingen heeft beschouwd, vermits hij daarin van geen enkel bijzonder geval melding maakt en dat hij de artt. 387 en 388 als bijzondere van den regel afwijkende bepalingen aanmerkt, in welke dan ook de afwijking van den regel beperkt moet worden opgevat en alleen geldt voor de aanvangsbepaling van den termijn.

Zie over art. 341 hier toepasselijk verklaard hierboven bl. 81 v.

Aanm. Het middel vervalt alzoo door 't verloopen van den termijn. Maar wat zal 't gevolg zijn als de door het vonnis benadeelde daarin berust, in geval van bedrog en valschheid of achtergehouden stukken na de ontdekking en in geval van minderjarigheid na de meerderjarigheid? in ieder geval nadat hem de grond waarop request civiel gevraagd kon worden bekend is of bekend moest zijn? Het lijdt bij mij geen twijfel of het middel vervalt door berusting even goed als hooger beroep en cassatie en ofschoon de wetgever beter had gedaan het, evenals bij hooger beroep, te bepalen, art. 334, men vergete niet, dat dit voorschrift aan den Code ontbrak en dat men onder den Code toch nimmer getwijfeld heeft, of berusting het vonnis niet in kracht van gewijsde deed gaan. Het Ontwerp 1865 bevat in art. 4 eene opzettelijke bepaling. „De partij die, uitdrukkelijk of stilzwijgend in een vonnis heeft berust, na kennis te hebben bekomen van het bestaan der in art. 1 genoemde redenen, kan de herroeping niet meer vorderen." Verg. hierboven bl. 95.

Wat betreft het karakter van den termijn de H. Raad heeft dien evenals bij hooger beroep en cassatie als een fatalen termijn behandeld, arr. H. Raad 4 November 1864 W. 2638 en de concl. van het O. M. uitvoerig besproken bij SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 46 vv. Over de berusting t. z. p. bl. 49 vv. Zie over het fataal karakter van den termijn hierboven bl. 81.

TITEL II.

RECHTSPLEGING.

Over de voorbereidende handelingen valt hier niets bijzonders op te merken; de bepalingen van den IIIden titel zijn hier èn ten aanzien van deze handelingen èn ten aanzien van de verdere instructie van het geding toepasselijk. Evenzoo de bepalingen van den IIden titel, wanneer het middel tegen een vonnis van een kantonrechter wordt aangewend. Wij hebben ons derhalve alleen met de bijzondere bepalingen daaromtrent in dezen titel voorkomende bezig te houden. Zoo komt hier dan de dagvaarding en hare gevolgen en het vonnis met zijne gevolgen te bespreken.

§ 186. INDIENEN VAN REQUEST CIVIEL. DE DAGVAARDING.

Het request civiel wordt aangebracht door eene dagvaarding in den in het algemeen daarvoor voorgeschreven vorm; zij wordt beteekend aan de partij of aan hare woonplaats. Dagvaarding.

De dagvaarding moet de gronden aangeven waarop het request civiel berust; geene andere gronden dan deze kunnen door den rechter in aanmerking worden genomen, al werden zij in den loop van het geding aangevoerd. Art. 390. Inhoud.

De rechtsgang vangt dus ook hier, overeenkomstig art. 1, aan met eene dagvaarding. De benaming van het middel wijst op een verzoekschrift en in verband daarmede en met de geschiedenis van het instituut, spreekt de wetgever in art. 390 van indiening, waar hij beter van aanbrengen of aanleggen had gesproken. Zelfs had men, nu het request civiel geen verzoekschrift meer onderstelt, van instellen kunnen spreken. Hecht men aan de gedachte van verzoekschrift en wil men dan eene nabootsing van de oude instelling hier terugvinden, dan zou men kunnen meenen dat we hier te doen hadden met een verzoekschrift, dat beteekend wordt, met dagvaarding. Daaraan doet ook weer denken de aanhef van het tweede lid, volgens hetwelk hetzelve, d. i. het request civiel, de middelen moet behelzen, en art. 385 zegt ook „met dagvaarding," maar dit geldt de bepaling van den termijn. En zoo komt het mij voor, dat de vermenging van denkbeelden en het daardoor hinken op twee gedachten zóó moet worden opgelost, dat de eenvoudigste

vorm de bedoelde is. En wanneer dan de wetgever zegt, dat het request civiel door een dagvaarding wordt ingediend, dan volgt daaruit dat de dagvaarding van de partij op den voorgrond staat en dat daartoe althans geen verlof van den rechter noodig is. Zoo hebben we dientengevolge den vorm van een verzoekschrift dat met dagvaarding beteekend wordt, niet noodig. Het is dan ook weer de dagvaarding die beteekend wordt. Die dagvaarding zal dan de gronden van het request civiel inhouden en eindigen met eene opropeing van de partij om verzoek te hooren doen tot, en den rechter te hooren uitspreken de herroeping van het aangevallen vonnis. Voor een verzoekschrift aan den rechter gericht en beteekening daarvan met de van den rechter verkregen beschikking, waarbij dan het aanleggen van request civiel zou worden toegelaten bij dagvaarding, gelijk in Frankrijk (Verg. CHAUVEAU et GLANDAZ n°. 429 p. 425 in de aantt., GARSONNET § 1122 p. 628), naar aanleiding van art. 483 C. de pr. wordt gepraktizeerd, geeft de wet geen grond. Die omslag is onnoodig en de wet eischt dien m. i. niet. OUDEMAN II, bl. 59 wil het verzoekschrift beteekend hebben met dagvaarding. Dit is een middenweg die, ook daarom wellicht, anderen ook behagen kan. Men zal dan toch niet moeten zeggen dat dit geding met een verzoekschrift aanvangt? Ik deel 't gevoelen van PENNINCK op het art. nader ontwikkeld door SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 57.

Dat de dagvaarding de gronden moet behelzen, waarop request civiel gevraagd wordt, is, in verband met art. 5, niets bijzonders. Dat de wet hier van middelen, in art. 382 van redenen spreekt, is een zeer gewone afwisseling van bewoordingen. Eigenlijk had zij van gronden moeten spreken, omdat request civiel zelf een middel is, maar dat paste niet bij: „waarop het verzoek gegrond is."

Redenen zijn dan de argumenten welke tot staving van den aangevoerden grond worden aangevoerd. Doch art. 5 spreekt ook van middelen. Die uitdrukkelijke vermelding van de middelen zit ook weer in de bepaling van art. 390 § 2, welke de middelen uitsluitend bij de dagvaarding wil aangevoerd hebben. Waarom het noodig was dit te bepalen? De eisch mag immers in het algemeen na de dagvaarding niet veranderd noch vermeerderd worden? art. 134. Of vreesde men de bewering dat, als het maar een request civiel bleef, eene verandering niet zou afdoen? Noch het een noch het ander. De wetgever vond kennelijk aanleiding tot zijne bepaling

in art. 469 C. de pr., dat ook het nader aanvoeren van andere middelen uitsloot, terwijl art. 29 van de Ordonnantie tot het nader aanvoeren van andere redenen eene z.g. „requête d'ampliation" toeliet. Het staat dus nu vast dat men alleen een of anderen grond of reden van de in art. 382 en 383 aangegevene en geene andere mag aanvoeren, wat uit die beide bepalingen volgt, en voorts dat men zich aan den bij de dagvaarding aangegeven grond moet houden. — Waarom er van het onderwerp niet gesproken wordt? Waarschijnlijk omdat de wetgever de noodzakelijkheid daarvan in art. 5 duidelijk genoeg vond aangewezen en hij de strekking zelve (het onderwerp van den eisch) aanwees in art. 394, die niet alleen de herroeping van het vonnis beoogt, maar ook het onmiddellijk gevolg daarvan, het terugbrengen van partijen in den staat waarin zij vóór het vonnis waren. Wil men dan ook de teruggave van hetgeen tengevolge van de veroordeeling bij het vonnis uitgesproken, genoten of ontvangen is, dan zal dit er in eene duidelijke en bepaalde conclusie, overeenkomstig art. 5, moeten worden bijgevoegd.

Bij tegenstrijdigheid van vonnissen zal moeten gevraagd worden dat de rechter met herroeping van het laatste vonnis bevele, dat het eerst gewezen vonnis alleen van kracht zal zijn. Ook hier kan de teruggave van het krachtens dat tweede vonnis genoten of ontvangene te pas komen.

In het voorbijgaan zij opgemerkt dat, wanneer de wetgever verbiedt noch op de terechtzitting, noch bij schrifture, andere gronden aan te voeren, daarin nog eene reminiscentie van de thans afgeschafte gewone-behandeling is blijven hangen.

Wat de overige vereischten tot den inhoud van de dagvaarding betreft, bepaal ik mij tot eene enkele opmerking over de aanwijzing van den bevoegden rechter, die hier zeker al heel gemakkelijk te vinden is, omdat hij dezelfde is als die welke het beklaagde vonnis heeft gewezen, art. 389. Er wordt hier derhalve op geene der bepalingen van art. 126 gelet, maar de zaak aan denzelfden rechter geattribueerd, al zou naar die bepaling een ander in aanmerking kunnen komen.

Ten aanzien van de gevolgen van de dagvaarding valt tweeërlei op te merken: Gevolgen.

Geen schorsing van ten uitvoerlegging.

1°. De tenuitvoerlegging van het aangevallen vonnis wordt door het request civiel niet geschorst. Die schorsing mag ook niet door den rechter worden bevolen. Art. 392.

Schorsing van ander geding.

2°. Indien het aangevallen vonnis wordt overgelegd in een geding hetwelk voor een anderen rechter hangende is, kan dit tot schorsing van de behandeling dier zaak aanleiding geven. Art. 389 § 2.

Ad Ium. Zoo natuurlijk en in het algemeen noodzakelijk zelfs de schorsing van de tenuitvoerlegging is, wanneer van het vonnis hooger beroep wordt ingesteld „quia sententia per appellationem suspensa causa adhuc durare dicitur" (verg. bl. 224), zoo ongepast ware die schorsing als gevolg van het request civiel aangenomen. Wij hebben hier immers te doen met een gewijsde en dit blijft zijn volle kracht behouden, totdat deze daaraan door een later vonnis op het request civiel gewezen, wordt ontnomen. Dat dit eerst door den rechter na onderzoek kan geschieden, is geheel in overeenstemming met den aard van het gewijsde en met den grond waarop zijne kracht steunt. Een rechterlijk bevel mag daarin ook geen verandering brengen. Men zou zich anders kunnen voorstellen dat op een ingesteld request civiel bijv. de tusschenkomst van den president in kort geding werd ingeroepen om den bestaanden toestand te handhaven, dewijl de voortduring van de kracht van het vonnis door de aanwending van het middel onzeker werd gemaakt. Die onzekerheid mag niet in aanmerking worden genomen. „Res iudicata pro veritate habetur," totdat die waarheid in het bijzonder geval tot een onwaarheid is gemaakt. Allerminst behoort het middel van request civiel tot vertraging in de tenuitvoerlegging van het vonnis gebruikt te worden. Aan de partij die het vonnis verkreeg moet het oordeel verblijven, of zij van haar recht wil gebruik maken op het gevaar af van de zaken in den vorigen toestand hersteld te zien en de vruchten van hare overwinning weder uit te keeren.

Gelijk de schorsing, als gevolg van het hooger beroep, een onmiddellijk gevolg van de dagvaarding is, zoo heb ik hier de uitsluiting daarvan met de dagvaarding in verband gebracht.

De C. d. pr. dreef den eerbied voor het gewijsde zóó ver, dat zij in art. 497 request civiel niet-ontvankelijk verklaarde tegen een vonnis waarbij de ontruiming van een onroerend goed werd uitgesproken, indien niet werd overgelegd het bewijs dat aan het vonnis

op dit punt uitvoering was gegeven. In dit opzicht deed de wetgever alzoo het „eerst gehoorzamen en dan klagen" gelden. Ten onrechte. Noch de eerbied voor het gewijsde, noch de aard van het rechtsmiddel geven voor die bepaling een afdoenden grond. De bepaling van den Code was uit art. 19 van de Ordonnantie overgenomen (*). In het Wetb. van 1830 kwam zij bij ons nog voor, doch verviel in 1837.

Bij de behandeling van art. 392 werd door eene afdeeling van de Tweede Kamer gevraagd, hoe het gaan moest, wanneer request civiel werd verzocht op grond van tegenstrijdige beschikkingen in hetzelfde vonnis, welke van die beide dan ten uitvoer zou kunnen worden gelegd? De Regeering beantwoordde deze vraag niet, maar wees er op dat, in geval van tegenstrijdige vonnissen, zij over en weder kunnen worden ten uitvoer gelegd tot op het oogenblik dat de rechter op het request heeft uitspraak gedaan, v. D. HONERT op § 392, en dat dan als het laatste vernietigd wordt, teruggegeven moet worden wat tengevolge daarvan was betaald of ontvangen.

GARSONNET is van oordeel § 1125 dat hier de schorsing van de tenuitvoerlegging van beide uitspraken noodzakelijk is omdat eerst na de beslissing op het request civiel uitgemaakt zal worden, of het eerste vonnis alleen voor tenuitvoerlegging vatbaar is, of wel dat de tenuitvoerlegging van beide kan samengaan. Bij de zoo uitdrukkelijke bepaling van de wet zou ik het gevoelen van de Regeering bij v. D. HONERT deelen; al ware eene bepaling in den zin van GARSONNET rationeeler te achten. Doch wat de strijdige beschikkingen in hetzelfde vonnis betreft, als dat zich eens mocht voordoen, zal de schorsing der tenuitvoerlegging die GARSONNET ook voor dit geval, in overeenstemming met andere fransche schrijvers, aanneemt, wel door de omstandigheden geboden worden. Als de beschikkingen werkelijk tegenstrijdig zijn, dan houdt van zelf de eene de executie van de andere tegen.

De uitsluiting van de schorsing der tenuitvoerlegging geldt even

(*) Ofschoon bij de fransche schrijvers als BOITARD op art. 497 en GARSONNET § 1126 p. 638 geen onderscheid gemaakt wordt en het »délaisser un héritage" in eene algemeene beteekenis wordt opgevat, zou ik meenen dat het in verband met »quitter la possession et jouissance d'un bénéfice" verstaan behoort te worden van eene op een bezitsactie bevolen ontruiming in verband met het »spoliatus ante omnia restituendus", zoodat evenmin door een request civiel als door eene petitoire actie aan het vonnis kan worden ontkomen. »Surtout si le délaissement est ordonné par manière de réintegrande" zegt dan ook RODIER op art. 19.

goed voor een interlocutoir vonnis, wanneer daartegen request civiel mocht zijn ingesteld.

Ad IIum. Iets anders dan de schorsing der tenuitvoerlegging, welke in strijd zou zijn met de kracht van het gewijsde, is de invloed welke het request civiel in eene hangende zaak kan uitoefenen, wanneer daarin het aangevallen vonnis werd overgelegd. Wel wordt de kracht van gewijsde aan dat vonnis door de aanwending van het middel alleen niet ontnomen, doch de rechter zou, het vonnis als gewijsde toelatende en daarop de exceptie van gewijsde zaak aannemende, gevaar loopen een vonnis te wijzen, waaraan door toewijzing van het request civiel de grondslag werd ontnomen. Dan zouden er tegenstrijdige vonnissen ontstaan en sprak de rechter, die op het gewijsde recht deed, recht in het hoogste ressort, hij zou een vonnis wijzen dat aan vernietiging op grond van art. 427 zou bloot staan. Want al werd het vonnis op het request civiel later gewezen dan het vonnis op hetwelk als op een gewijsde werd recht gedaan, de feitelijk laatst gegeven uitspraak zou wel als de eerste beschouwd moeten worden, omdat zij aan de laatste haren feitelijken grondslag ontnam. Men zal tegen het op het gewijsde gewezen vonnis toch niet in cassatie kunnen komen, op grond dat de rechter als gewijsde heeft beschouwd een vonnis dat na zijne uitspraak bleek die kracht niet te hebben? Het komt mij voor dat als men op deze moeilijk te ontwarren verwikkelingen let, de rechter van de zaak, waarin het door met request civiel bestreden vonnis wordt overgelegd, steeds geneigd zal zijn om de omstandigheden van dien aard te vinden dat hij de behandeling van de zaak schorst. Toch is dit terecht aan zijn oordeel overgelaten Immers indien er grond bestaat om de exceptie van gewijsde te verwerpen, dan komt hij met de mogelijke beslissing op het request civiel niet in conflict. Zoo was het eene hier zeer eigenaardige bepaling van art. 35 der Ordonnantie, hetwelk met zoovele woorden zeide „qu'il soit sursis au JUGEMENT," terwijl de Code eenvoudig van „passer outre ou surseoir" spreekt en onze wet dit door „in de behandeling dier zaak voortgaan of dezelve schorsen" overbrengt.

Naar de Ordonnantie (art. 36) kon het request civiel met toestemming van de partijen naar den rechter bij wien het vonnis werd overgelegd, overgebracht worden, of wel de beslissing op het geding uitgesteld. Eens echter als beginsel aangenomen zijnde dat de rechter

die het aangevallen vonnis wees, over request civiel oordeelt, bestond er geen afdoende reden om daarvan in dit geval af te wijken. Men ziet evenwel, hoe de wetgever aan de opzettelijke bepaling omtrent de schorsing kwam.

§ 187. VERWEREN EN VOLDINGEN.

Op het verweren en voldingen zijn, terwijl er hier geene bijzondere bepalingen zijn gemaakt, de algemeene regelen in tit. III opgenomen van toepassing, aangezien het hier geldt een rechtsgeding in eersten aanleg bij de onderscheidene gerechten, en voorts de bijzondere bepalingen in titel II voor de kantongerechten gegeven. Ook zijn de voorbereidende handelingen dezelfde. Algemeene bepalingen toepasselijk.

Naar het wetboek van 1838 zou hier de gewone behandeling toegepast hebben moeten worden; de summiere behandeling kon alleen met goedvinden van beide partijen en, bij verschil, op bevel des rechters in toepassing komen (art. 140 n°. 5 oud). Ik merkte reeds op hoe die gewone behandeling nog een spoor in art. 390 § 2 achterliet.

Voorts zij hier alleen herinnerd aan de bepaling van art. 324 n°. 10 hetwelk voorschrijft dat het Openbaar Ministerie op het request civiel moet gehoord worden.

De voorbereidende handelingen: inschrijving ter rolle en procureurstelling door den gedaagde zijn dezelfde. De bepaling van den Code volgens welke, indien de dagvaarding werd uitgebracht binnen zes maanden nadat het vonnis werd gewezen, beteekend moest worden aan den procureur, die in de hoofdzaak voor de partij was opgetreden, waardoor eene nieuwe procureurstelling verviel, is bij ons niet overgenomen.

§ 188. DE BESLISSING.

Overeenkomstig de strekking van het request civiel wordt, indien het door den rechter gegrond wordt bevonden, het bestreden vonnis herroepen, en als gevolg daarvan partijen teruggebracht in den toestand waarin zij waren vóór het vonnis en de partij, die tengevolge van de veroordeeling bij het vonnis uitgesproken iets had ontvangen, in zijn bezit gekregen of genoten, tot teruggave daarvan veroordeeld. Art. 394. Inhoud van het vonnis.

Van het vonnis valt alleen de inhoud en het nader gevolg der beslissing, indien de herroeping uitgesproken wordt, te behandelen. Ook van den inhoud alleen wat het vonnis op het request civiel eigenaardigs heeft.

Hoe positief de herroeping moge zijn op zich zelf, haar gevolg is zuiver negatief. Het bestreden vonnis vervalt doordien het weggenomen wordt. En het is niet overbodig dat het positief gevolg daarvan door den rechter worde uitgesproken. Dit bestaat in de eerste en voornaamste plaats daarin dat de strijd tusschen partijen weder onbeslist is en dat herboren wordt het geschil, dat vóór het tusschen hen gevoerd geding bestond en tot het geding aanleiding gaf. Partijen worden alzoo, zegt de wet, teruggebracht in den toestand waarin zij waren vóór het vonnis. De formule is juist, indien men haar slechts niet bloot letterlijk opvat. Immers de toestand voor het vonnis was dîe van den voldongen strijd. Neem nu het vonnis weg, dan heeft dat voldingen van den strijd geen beteekenis meer, er kan toch geen vonnis op verkregen worden. Hij heeft, voor zoover hij in geding werd gebracht, zijn doel gemist en moet, wil men weder een vonnis verkrijgen, op nieuw gevoerd worden. Zoo wordt de strijd die tot een geding had geleid weder tot een geschil teruggebracht, en dat is derhalve de toestand, waarin partijen door het wegvallen van het vonnis verkeeren. Maar het vonnis kan tot uitvoering gekomen zijn. Wij hebben zelfs gezien dat de tenuitvoerlegging niet wordt geschorst. Al wat tengevolge van het vonnis ontvangen, genoten of ontruimd werd, is ten onrechte ontvangen, genoten of ontruimd. Ik spreek in den tekst van in b e z i t GEKREGEN naast o n t v a n g e n, omdat dit laatste woord voor onroerend goed minder juist is en dit, even goed als vruchten of geld die genoten waren moeten worden teruggegeven, moet worden ontruimd door hem die het bezit daarvan krachtens het vonnis, gelijk nu blijkt ten onrechte, had verkregen.

Reeds heb ik er op gewezen dat een en ander als de strekking van den eisch in de dagvaarding behoorde te worden opgenomen. Al zou daarin het terugbrengen van partijen in den toestand waarin zij waren vóór het vonnis kunnen worden gemist, omdat daarin niet dan eene nadere verklaring van de herroeping ligt, de teruggave van het ontvangene en genotene zou, meen ik, met name in de dagvaarding moeten worden aangewezen, indien het op dat oogenblik reeds ontvangen of genoten was en verder geconcludeerd moe-

ten worden tot teruggave van al hetgeen tengevolge van de tenuitvoerlegging van het vonnis tot op de uitspraak op het request civiel ontvangen of genoten mocht blijken. Immers, al moge de wet het recht op een en ander toekennen, opdat de rechter het krachtens de wet toekenne, moet dit van hem worden gevraagd. Hij kent niet toe wat men bevoegd zou zijn te vragen, maar wat men vraagt.

Bij tegenstrijdigheid.

Wordt het request civiel ingesteld op grond van tegenstrijdigheid van vonnissen, dan wordt het laatst gewezen vonnis herroepen en verstaan dat het eerste alleen van kracht zal zijn. Art. 394, § 2.

Hiermede wordt een uitzondering gemaakt op den straks besproken regel, eene uitzondering die evenwel met noodzakelijkheid voortvloeit uit den grond waarop het request civiel in dat geval steunt. De rechter heeft zelf in strijd gehandeld met de aan een gewijsde toegekende kracht. En ofschoon hij, bij gebreke van een voorgestelde exceptie van gewijsde zaak, deze niet kon toepassen, zoo is er nu toch door hem een vonnis gewezen dat de uitvoering van het gewijsde belet. Natuurlijk moet het laatste vonnis, dat niet gewezen had moeten worden, herroepen worden. Maar met deze herroeping komen de partijen niet in een toestand van strijd terug, maar in dien van een door een gewijsde beëindigden strijd. En wanneer nu de rechter verklaart dat het eerst gewezen vonnis ten onrechte door zijn tweede vonnis als van kracht werd beroofd, heeft hij niet anders te doen dan die kracht hersteld te verklaren. Daarmede is alles uit.

Gevolg van de herroeping.

Behalve in het geval van tegenstrijdigheid van vonnissen, als wanneer de verhouding tusschen partijen teruggebracht wordt tot die welke door het eerste vonnis was gevestigd en alzoo de tusschen haar bestaan hebbende strijd beslist blijft en opgehouden heeft te bestaan, zal door de herroeping van het vonnis, het geschil dat door dat vonnis beëindigd was, herleven.

Nieuw geding.

Om het nu op nieuw beslist te krijgen zal de partij die zich in haar recht verkort acht, het geding voortzetten bij den rechter die op het request civiel uitspraak deed. Art. 395.

De rechter bepaalt zich bij zijne uitspraak op het request civiel tot de herroeping van het vonnis en de regeling van de onmiddellijke

gevolgen daarvan. Den strijd, die nu op nieuw ontstaan kan, beslist hij niet. De hoofdzaak, die het onderwerp van het bestreden en nu herroepen vonnis uitmaakte, maakt geen onderwerp van zijn vonnis op het request civiel uit. Hij zal zich ook in een onderzoek van die hoofdzaak niet anders begeven, dan voor zoover hij er zich ter beoordeeling van het request civiel niet buiten kan houden. Zoo zal hij bijv. in de gevallen van n°. 1, 7, 8 van art. 382 wel hebben na te gaan in hoeverre het gepleegd bedrog, de valsche of achtergehouden stukken op zijne beslissing hebben invloed gehad en zal, indien de eischer langs anderen weg, niettegenstaande dat bedrog, die valsche of achtergehouden stukken geen gelijk kan krijgen, tevens althans implicite de hoofdzaak hebben beslist of althans daaromtrent een préjugé hebben uitgesproken.

Wil de belanghebbende partij nu evenwel een uitspraak hebben op de hoofdzaak, hij zal daartoe het geding moeten voortzetten, als 't ware het tweede bedrijf daarvan aanvangen. Want dit moet bij denzelfden rechter geschieden die over het request civiel geoordeeld heeft, voor wien de partijen het eerste bedrijf hebben afgespeeld en die hun de gelegenheid heeft geopend om tot de verbetering van het eerstgewezen vonnis, wat het einddoel van het request civiel is, te geraken. Dezelfde rechter die het eerst in de hoofdzaak heeft gevonnist, zal alzoo op nieuw over de zaak oordeelen en het eerste vonnis verbeteren of bekrachtigen. Was het, dit vraag ik eerst, wel noodig dit laatste te bepalen? Het is immers dezelfde vordering; was de rechter bevoegd daarover te oordeelen de eerste maal, dan zal hij het ook nu even goed zijn. Even goed of evenmin! Kan niet in het eerste geding de exceptie van onbevoegdheid niet zijn voorgesteld, of zelfs de rechter zijne volstrekte onbevoegdheid hebben over het hoofd gezien? Bestaan er geen gevallen waarin de eischer de keus had tusschen meer gelijkelijk bevoegde rechters? Kan ook niet de woonplaats van gedaagde nu eene andere zijn dan toen hij vroeger werd gedagvaard? De aanwijzing van denzelfden rechter in art. 395 (ik zeg rechter, want het is niet altijd een „rechtbank") is hier derhalve eene attributie van rechtsmacht, opdat de zaak bij denzelfden rechter kome ook dan wanneer zij bij een anderen rechter had kunnen of moeten worden aangebracht. Zoo wordt de rechter die het request civiel had berecht, volstrekt bevoegd.

Waarom is de wetgever zoo gesteld op dienzelfden rechter? Is het al niet veel van dezen gevergd, dat hij zijn eigen vonnis zal

moeten herroepen en ten slotte zijn vroegere uitspraak hebben te verbeteren? Ik geloof niet dat dit in het algemeen tot bezwaar kan geacht worden aanleiding te geven. Immers in de meeste gevallen, zie n°. 1, 5, 7, 8 is de fout in het vonnis niet aan den rechter te wijten; hij is er geheel buiten en is het voor hem eene gewenschte taak om zelf tot verbetering geroepen te worden. Het ware eene onjuiste onderstelling een ander rechter die taak op te dragen, als ware er in het werk van den eersten rechter iets te verbeteren dat hij anders had moeten doen.

In de gevallen van art. 382 n°. 2, 3 en 4 is ook de taak voor den rechter niet zwaar. Heeft hij evenwel in deze gevallen gemeend, na overweging der zaak, aldus te moeten beslissen en is het betwistbaar of er iets anders of meer werd toegewezen, of er verzuim plaats had, dan zal licht het middel niet aan het doel beantwoorden en zal het blijken dat in deze gevallen ten onrechte request civiel werd gegeven en niet liever de weg tot cassatie geopend.

In het nauwlijks denkbare geval van n°. 6 is toch altijd de rechter die het vonnis wees, het best in staat het gebrek te herstellen. In dit geval had de wetgever echter ook wel mogen bepalen dat de hoofdzaak mede op het request civiel beslist werd, indien niet het request civiel voor een gedeelte van het vonnis was toegestaan. Door dan in de uitspraak op het request civiel het strijdig gedeelte van het vonnis te herroepen, moet wel van zelf de strijd op de hoofdzaak zijn vervallen.

Overigens is de rechter die het eerste vonnis wees, de meest geschikte om ook de hoofdzaak op nieuw te beslissen. Hij is door de eerste behandeling met het onderwerp van den strijd het best bekend. En het is zeker van belang de gelegenheid niet open te stellen dat door inmenging van andere rechters de zaak verwikkeld worde.

De regel is derhalve dat het request civiel tot een geding in twee bedrijven aanleiding geeft. Bij de fransche schrijvers zal men op het voorbeeld van de oudere processualisten gesproken vinden van *le rescindant*, d. i. de eisch in het request civiel opgesloten, en het proces daarvoor dat leidt tot herroeping, en *le rescissoire*, de eisch die op nieuw ingesteld wordt en het daarover gevoerde geding. Art. 38 der ordonnantie sprak van „le procès sur le rescindant et le procès sur le rescissoire." Zie de aant. van JOUSSE op dat artikel. De C. de pr. spreekt dan ook in art. 503 van *le rescissoire*, en evenzoo is bij ons het eene proces van het

andere afgescheiden gebleven. Afgescheiden, maar toch worden ze als deelen van een geheel beschouwd. Van eene nieuwe dagvaarding is geen sprake en de vordering tot verbetering van het vonnis op den toegelaten grond van request civiel wordt bij procureursacte beteekend. Dus althans naar de bij de Franschen gevolgde wijze van rechtspleging. Uit het „sera porté" van art. 500 C. d. pr. en het „zal gevoerd worden" van art. 395 volgt toch niet dat eene dagvaarding noodig is. Eer doet de tegenstelling van „het geding ten principale" aan een geding in een geding denken. Wordt het geding bij het Kantongerecht gevoerd, dan kan niet anders dan door eene dagvaarding het „recissoire" worden aangebracht. Evenzoo wanneer de gedaagde in request civiel verstek liet gaan. Verg. de aanteekening op het arr. H. Raad 31 Mei 1895, W. 6690.

Wanneer Garsonnet § 1129 p. 644 beweert dat die afscheiding van de beide bedrijven niet is van openbare orde, maar alleen in het belang van partijen zoodat het van het goedvinden van deze zou afhangen om de beide instantiën te vereenigen en op de hoofdzaak te concludeeren tegelijk met de conclusiën over de herroeping, dan meen ik van hem in gevoelen te moeten verschillen. Al kunne men beweren dat in meer dan een geval, ja wellicht in de meeste, beide instantiën zich zeer goed laten vereenigen en daardoor een omslag die onnoodig schijnt, zou kunnen worden vermeden, de wet heeft hier kennelijk met het oog op den eerbied van het gewijsde het afzonderlijk en herhaald onderzoek gewild. Ook geeft art. 394 duidelijk genoeg aan dat, alleen in geval van tegenstrijdige vonnissen, het geding met de beslissing op het request civiel afloopt. Maar bovendien is de regeling van het geding niet alleen voor partijen maar ook voor den rechter geschreven en waar deze laatste aan de wet gebonden is, kunnen partijen hem daarvan niet ontslaan. Zie ook arr. H. Raad 22 Nov. 1867, W. 2956. Verg. Hof Arnhem, 18 Januari 1897, W. 6951.

Geen tweede request civiel.

Wordt het request civiel verworpen, dan zal de verzoeker geen tweede request civiel kunnen instellen, noch tegen het daarmede bestreden vonnis noch tegen het vonnis op het request civiel gewezen.

Evenmin mag degene wiens request civiel werd aangenomen tegen het vonnis, dat de hoofdzaak heeft beslist, request civiel instellen.

Ook is aan den gedaagde op de hoofdzaak, indien hij in het ongelijk

gesteld wordt, het middel van request civiel tegen dit vonnis ontzegd. Art. 396.

„Requête civile sur requête civile ne vaut" was de oude regel en te recht voor een buitengewoon middel als het hier geldt. De bepaling van art. 396 zal ook wel onderstellen dat niet alleen bij het instellen van het request civiel alle redenen, welke men tot herroeping van het vonnis mocht meenen te hebben, te gelijk moeten worden aangevoerd, zoodat er van eene „requête d'ampliation" na de dagvaarding geen sprake kan zijn, maar dat ook geen tweede geding evenmin over eene nieuwe als over dezelfde reden kan worden gevoerd.

En zoo mag zelfs ook tegen het na een aangenomen request civiel op de hoofdzaak gewezen vonnis geen request civiel worden ingesteld. De wetgever heeft zeker gemeend te moeten voorkomen dat de toelating hiervan de ontduiking van den eersten regel kon ten gevolge hebben.

Ik heb de onderstelling, waartoe art. 396 aanleiding geeft, als zoude de eischer in request civiel, wiens request civiel werd aangenomen tegen dit vonnis, waarbij aan zijn verlangen tot herroeping werd voldaan, request civiel kunnen en willen instellen, door splitsing van de bepaling gemeend te moeten doen vervallen. Die onderstelling is toch onaannemelijk.

Ik ben met OUDEMAN II bl. 62 van meening dat ook voor de wederpartij het request civiel tegen het vonnis is ontzegd. Kon reeds de opvatting van den Code (art. 503) wanneer het spreekt van „aucune partie" waarmede op mineurs zoowel als majeurs gedoeld zou worden en derhalve de andere partij niet uitgesloten zou zijn, eene gedwongene genoemd worden, ons art. 394 bevat vooreerst die uitdrukking niet en is in te absolute termen gesteld om hetzij die onderscheiding toe te laten, of tusschen de beide partijen te onderscheiden. Anders SCHENKENBERG VAN MIEROP bl. 81.

Aanm. De verwerping van het request civiel heeft sedert de wet van 1869 niet meer tengevolge de verbeurte van eene bij het doen van het verzoek te consigneeren boete en eene som voor schaden en interessen behoudens verhooging van dit bedrag bij verwerping. Ook is de mogelijke veroordeeling tot schaden en interessen, welke in de artt. 391 en 393 oud in uitzicht werd gesteld, vervallen.

Het vonnis op het request civiel gewezen is evenmin als dat op de hoofdzaak voor hooger beroep vatbaar. Aan het middel van verzet en cassatie staat het met alle andere vonnissen bloot.

Ik zou de uitsluiting van hooger beroep liever afleiden uit de uitsluitende opdracht van de zaak aan denzelfden rechter wat betreft de uitspraak op het request civiel zelf, dan dat het vonnis hetwelk de zaken in den vorigen toestand herstelt van dezelfde natuur moet zijn als het oorspronkelijke vonnis, zooals GARSONNET § 1130 onderstelt. Voor het vonnis op de hoofdzaak geldt zeker deze reden wel, want het eerste vonnis moet altijd in het hoogste ressort gewezen zijn, en al wordt het door een ander vervangen, dit komt dan toch voor in een vonnis in het hoogste ressort in de plaats. Ook hier is dezelfde rechter bij uitsluiting geroepen. Zie ook OUDEMAN bl. 60 en Opmerk. en Meded. VIII, bl. 48. Cassatie zal alleen zijn uitgesloten als het eerste vonnis door een kantonrechter in het hoogste ressort werd gewezen en onder dezelfde nadere bepaling. Tegen verzet kan geen bezwaar bestaan, daar dit tegen alle vonnissen die bij verstek gewezen zijn gegeven wordt en de zaak bij denzelfden rechter blijft.

AFDEELING VI.

HET VERZET DOOR DERDEN (*).

Wetb. van Burg. Rechtsv. I, tit. 9; Burg. Wetb. art. 247 j°. art. 813 B. R., Code de proc. IV, tit. I. Code Civil art. 1447 j°. art. 873 C. de proc.; Ordonnance civile du mois d'avril 1667 tit. XXVII, art., 10 en 11, tit. XXXV, art. 2.

(*) N. M. LEBRET, iets over verzet door derden. Acad. proefschr. Leiden 1886. M ij n e verhandeling over de macht der traditie in onze rechtpleging en rechtspraak in Verslagen en Mededeelingen der Kon. Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde 3e Reeks Dl. VI en in Rechtsgeleerd Magazijn Dl. VII (1888) bl. 569 meer bepaaldelijk bl. 572—601. A. TISSIER. Théorie et pratique de la tierce opposition, ouvrage couronné par la faculté de droit de Paris Paris 1890.

TITEL I.

HET MIDDEL.

§ 189. BEGRIP EN AARD.

Het verzet door derden is het middel waarmede zij die in een geding geen partij zijn geweest, het daarin gewezen vonnis kunnen bestrijden om het nadeel af te weren, hetwelk zij door de uitvoering van dat vonnis in de uitoefening van hunne rechten zouden kunnen lijden of ten einde de door een tusschen andere partijen gewezen vonnis teweeg gebrachte benadeeling van hunne rechten te herstellen. Begrip.

De toekenning van dit middel doet aan de betrekkelijke kracht van het gewijsde niet te kort. Verhouding tot de kracht van gewijsde.

De derden zijn tot de aanwending van dit middel bevoegd, niet verplicht. Verplicht is het gebruik maken daarvan alleen, wanneer op geene andere wijze het uit een tusschen anderen gewezen vonnis voortspruitende nadeel kan worden gekeerd. Dit is meer bepaaldelijk het geval, wanneer een vonnis tot benadeeling van een derde werd uitgelokt en verkregen, zoo wanneer dit geschiedde ter opzettelijke verkorting van de rechten van schuldeischers als door een opzettelijke verwaarloozing van, of grof verzuim in de verdediging. Facultatief of obligatoir.

De opneming van dit middel tot bestrijding van vonnissen in de wet staat in nauw verband met de aan derden toegekende bevoegdheid om in een tusschen anderen hangend geding tusschen te komen. Zij vindt althans voor een deel daarin hare verklaring. Verband met tusschenkomst.

Het middel gaat uit van de onderstelling dat derden in hunne rechten worden benadeeld door een vonnis tusschen andere personen gewezen. Immers voor zoodanig geval wordt hun, in art. 376, de bevoegdheid gegeven om tegen dat vonnis op te komen, zich daartegen te verzetten. Hoe is het mogelijk dat dergelijke benadeeling plaats hebbe? Indien de regel: „res iudicata pro veritate habetur" medebracht dat het rechterlijk gewijsde, zij het eene formeele dan toch eene absolute waarheid uitsprak, en derhalve voor elk en een iegelijk

eene onwedersprekelijke waarheid bevatte, dan zou 't niet vreemd wezen, dat derden een middel werd gegeven om tegen een tusschen anderen gewezen vonnis op te komen, omdat zij door den rechter niet werden gehoord en er derhalve op hunne rechten en belangen niet werd gelet.

Maar nu heeft het gewijsde alleen kracht tusschen partijen, zijne formeele waarheid is slechts eene betrekkelijke. En dit niet, omdat derden niet zijn gehoord en het, zooals TISSIER p. 4 opmerkt, eene toepassing van de allereerste beginselen van rechtvaardigheid zou wezen om iemand niet ongehoord te veroordeelen; ook niet omdat het vonnis op een contract of quasi contract van de partijen zou berusten, wat TISSIER t. z. p. terecht ontkent (zie ook Procesrecht Dl. II bl. 129), maar omdat, en daarbij mag eene vergelijking met eene overeenkomst in hare gevolgen tot opheldering dienen, partijen, die een geschil aan het oordeel des rechters onderwerpen, daarbij alleen beschikken en niet anders kunnen beschikken dan over hunne eigene rechten en verplichtingen, over hun eigen vermogen, en dientengevolge het vonnis dat daarover gewezen wordt ook daartoe moet beperkt zijn. Recht wordt gesproken tusschen hen die recht vragen, over hun recht en niet over dat van een ander. Maar dan rijst alweder de vraag, hoe kan er dan sprake zijn van een benadeeling van de rechten van derden? Waartoe hun een middel toegekend om eene benadeeling, die niet wel mogelijk schijnt, te keeren?

Zeker kunnen derden in een tusschen anderen gewezen vonnis betrokken zijn, er kan van derden eene handeling gevorderd worden, tot uitvoering van een tusschen anderen gewezen vonnis. Zoo kan bijv. de hypotheekbewaarder bij een tusschen de belanghebbende partijen gewezen vonnis gemachtigd worden om de doorhaling van eene inschrijving in zijne registers te bewerkstelligen, de directie van de Grootboeken kan worden gemachtigd om eene overschrijving van eene inschrijving waarover tusschen partijen geschil is te doen plaats hebben, maar dan strekt het vonnis alleen om dien bewaarder of die directie eene handeling te gelasten en die derden daartoe alzoo gerechtigd te verklaren, waardoor aan de rechten van anderen voldoening wordt gegeven; die rechten zelve zijn hun persoonlijk onverschillig. Hoogstens kan er in sommige omstandigheden aanleiding bestaan dat die derden verlangen gewaarborgd te worden tegen eene aanspraak van anderen, die zich, door hunne overeenkomstig het vonnis verrichte handeling, benadeeld zouden kunnen ach-

ten. Maar het vonnis zelf, waaraan zij uitvoering geven ten behoeve van anderen, betreft hunne rechten niet en benadeelt die nog minder. Van een middel hun toe te kennen tegen dat vonnis als zoodanig kan geen sprake zijn. Dat is met het derde verzet ook nimmer bedoeld.

Toch zijn er gevallen, waarin de kracht van een vonnis niet tot de partijen is beperkt. De wetgever bepaalt dit zelf bijv. in art. 1957 B. W. met opzicht tot de vonnissen betrekkelijk den staat der personen. En ofschoon de daarbij gehuldigde leer van „legitimus contradictor" verwerpelijk is, vloeit toch dergelijke uitgebreider kracht bij vele den staat betreffende of tot den staat in betrekking staande vonnissen daaruit voort, dat zij niet anders dan op vordering van bepaalde personen kunnen worden gewezen en dientengevolge tegen elk en een iegelijk kracht moeten hebben. Zoo met de ontkenning van het vaderschap, de nietigverklaring van huwelijken, de onder curateelestelling. Zie Dl. II § 76 bl. 296. En dat tegen zoodanige vonnissen het recht van derde verzet niet wordt gegeven is duidelijk. Derden kunnen niet met grond beweren dat hunne rechten worden benadeeld door een vonnis dat, overeenkomstig de bepalingen der wet, ook op hunne rechten of rechtsbetrekkingen invloed uitoefent omdat ook deze daardoor geregeld of bepaald worden.

Ook op het gebied van het vermogensrecht kan soortgelijke invloed van een vonnis op de rechten of rechtsbetrekkingen van derden zich doen gelden. Wanneer de nietigheid van een testament op de vordering van den erfgenaam bij versterf tegen den erfgenaam krachtens testament is uitgemaakt, dan kan geen legataris meer aan dat testament rechten ontleenen. De testamentaire erfgenaam kan tot uitkeering van het legaat niet meer worden aangesproken, omdat hij de hoedanigheid, die hem tot uitkeering van het legaat verplichtte, niet meer heeft; de erfgenaam bij versterf niet, omdat hij met de uitkeering van het legaat niet is belast. (Het derde verzet werd aan den legataris toegekend bij arr. H. Raad 14 Nov. 1851, vernietigende een arr. Hof Groningen 25 Juni 1850 W. 1281). En zoo zijn er meer gevallen, waarin iemands recht of verplichting afhankelijk is, of onder den invloed staat van het recht of de verplichting van eene der partijen in het geding en het derhalve staat of valt met de erkenning of niet-erkenning van het recht of de verplichting dier partij, bij vonnis tusschen haar en hare tegenpartij

gewezen. Ik heb hier het oog op de gevallen waarin voeging in het geding kan te pas komen en die ik bespreek in Dl. III § 82 bl. 56 vv.

Men zou voor al deze gevallen, waarin vonnissen, uit den aard van het recht of de rechtsbetrekking waarover zij uitspraak doen, ook voor derden bindend zijn, het verzet door derden zeker niet hebben uitgevonden. Ook nog geloof ik niet dat het in die gevallen toepasselijk is. Maar ten gevolge van de verwarring van begrippen en beginselen, welke zich bij de regeling van deze rechtsinstelling heeft geopenbaard, wordt het ook wel thans in sommige van die gevallen toegelaten. Alleen eene samenspanning van de gedingvoerende partijen of ook opzet of grof verzuim door eene partij in de verdediging zou tot bestrijding van het aldus verkregen vonnis kunnen leiden. Het derde verzet nu eens als bijzonder middel tot bestrijding van vonnissen erkend zijnde, werd het ook voor die gevallen van samenspanning, opzet of grof verzuim toepasselijk gemaakt. Het eerste ontwerp van den Code de procédure bevatte in art. 464 daarover eene uitdrukkelijke bepaling.

Nog minder kon het te pas komen om het derde verzet toe te kennen aan iemand, die een recht hebbende gelijk aan dat hetwelk het onderwerp van een tusschen anderen gevoerd geding had uitgemaakt en waarin dit door den rechter ongegrond werd geoordeeld, en die dientengevolge kon vreezen dat dezelfde rechter ook zijn recht ongegrond zou oordeelen. Als wij eene tegen ons gevoerde bewering kunnen bestrijden met een vonnis door denzelfden rechter gewezen, zoodat deze, aan zijn oordeel in het vonnis uitgesproken getrouw blijvende, onze tegenpartij in het ongelijk moet stellen, dan hebben wij daarin zeker een krachtig wapen om ons te verdedigen en de tegenpartij zou er alleszins belang bij hebben dat het tegen hem pleitend vonnis niet bestond. Maar kan dit belang voldoende zijn om hem een middel te geven tot vernietiging van dat vonnis? „Non, sans doute," antwoordde reeds in 1777 een advocaat, wiens pleidooi uit GUYOT geciteerd wordt bij TISSIER p. 33 n°. 2, „et si l'on écoutait de pareilles demandes, il n'y a pas d'arrêt, dans le journal des audiences et dans tous nos recueils, qui n'eût été déjà mille fois attaqué, car il n'en est aucun dont on n'argumente tous les jours." Wanneer men maar bedenkt dat de partij tegen wie zoodanig vonnis wordt aangevoerd, volkomen bevoegd is om te betoogen dat de daarin door den rechter gevolgde meening niet juist is, en dat de rechter zelf volkomen bevoegd is om in dit nieuwe

geding eene andere meening te omhelzen, daar ook hem het vroegere vonnis niet bindt, dan komt het ten duidelijkste uit dat het onzinnig zou zijn aan een derde een middel te geven om dat vonnis te doen vernietigen op grond dat het hem op eenige wijze in zijn recht benadeelen zou. De derde zoude ook, om dit nog ten allen overvloede op te merken, aan eene vernietiging van het vonnis niets hebben, indien ook hij niet zijn recht tegen dezelfde partij die het hem ongunstig vonnis verkreeg moest doen gelden, en gelukte het hem in dit geval het vonnis vernietigd te krijgen, dan zou dit inderdaad blijken overbodig te zijn. Want kon hij voor zich den rechter een ander gevoelen doen omhelzen, hij zou dit even goed hebben gedaan gekregen, wanneer hij zelfstandig met zijn eisch ware opgetreden en dat nu ook het eerste vonnis veranderd wordt, zou voor de tegenpartij een groot onrecht zijn, daar die verandering ten slotte hierop zou neerkomen, dat de rechter langs een omweg een eens door hem gewezen vonnis zelf ging verbeteren.

Wanneer wij dan zien, dat het blijft bij den regel, dat een vonnis alleen bindende kracht heeft tusschen partijen, niettegenstaande een tusschen anderen gewezen vonnis wel eens noodzakelijk invloed moet oefenen op rechten van derden, die afhankelijk zijn of onder den invloed staan van rechten van eene der partijen, zoodat de derde zich over eene benadeeling in zijne rechten niet kan beklagen, wijl de mogelijkheid van die zg. benadeeling uit den bijzonderen aard van zijn recht voortvloeit; dat ook uit een rechterlijke uitspraak tusschen anderen gewezen wel een préjugé met opzicht tot de geldigheid van eens anders recht kan ontstaan, maar daarom dat recht door dat vonnis niet wordt verkort; dat alzoo de bindende kracht van een vonnis, niettegenstaande deze bijzondere omstandigheden, tot de partijen van het geding beperkt blijft, dan blijft de vraag, die wij om het karakter van het derde verzet te leeren kennen hebben te beantwoorden, deze: waartoe toch dit middel in de wet kan zijn opgenomen? Want indien een vonnis tusschen anderen gewezen voor een derde geen bindende kracht heeft, indien hij, wanneer het hem mocht worden tegengeworpen, kan antwoorden dat het hem niet aangaat en zijn recht daardoor onverkort blijft, dewijl partijen alleen over hun eigen recht, niet over zijn recht konden beschikken, dan heeft die derde immers geen bijzonder middel noodig om zich tegen dat vonnis te verzetten. Hij blijft in zijn recht, dat onverkort bleef, het middel vinden om het te handhaven. En zoo heeft men zich dan

ook, èn bij de vaststelling van den Code de procédure èn bij die van ons wetboek, op die betrekkelijke kracht van de vonnissen beroepen om de opneming van het middel in de wet te bestrijden. In 1827 bij ons zelfs met gunstig gevolg. De Regeering weigerde het middel in de wet op te nemen en zij werd door de Tweede Kamer, niettegenstaande het krachtig verzet van enkele harer leden, gesteund in hare trouw aan „het groote beginsel dat de bindende kracht van de vonnissen beheerscht en uitgedrukt wordt in den regel „res inter alios iudicata aliis neque prodest neque nocet."" In 1837 kwam de Regeering evenwel van haar stout bestaan van 1827 terug en zij achtte toen het groote beginsel, waarop zij zich vroeger beroepen had wel volkomen juist, maar gaf toe dat eene strenge toepassing van dat beginsel ten gevolge zou kunnen hebben dat een derde zonder dat middel van verzet door derden geen middel zou hebben om zijne rechten en belangen dadelijk tegen een tusschen andere partijen gewezen vonnis te beschermen.

Hoe kon men ten slotte tot die miskenning van de aan het vonnis toekomende betrekkelijke kracht komen? Vooreerst, en bepaaldelijk in deze bij onze wetgevende macht gevoerde discussie, door den invloed van de macht der rechtsregels, daar men, wat maar te dikwijls gebeurt, den zin van deze niet beperkte naar de gevallen waarvoor zij geschreven werden, maar zonder daarop te letten zich door hunne te algemeen gestelde bewoordingen tot uitbreiding buiten hunne grenzen liet verleiden. Houdt men zich aan den grond waarop de betrekkelijke kracht der vonnissen steunt en verstaat men, in den daarmede overeenstemmenden zin, den regel: „res inter alios iudicata aliis nec nocere nec prodesse potest", dan weet men dat een derde uit een tusschen anderen gewezen vonnis geen rechten kan ontleenen noch hem verplichtingen kunnen worden opgelegd evenmin als dat hem daarbij rechten kunnen worden ontnomen, en dat den derde alzoo zijn recht en het hem tot bescherming daarvan gegeven rechtsmiddel onverkort blijven. Maar dan blijft er geen plaats zelfs voor de vraag, of den derde nog een bijzonder middel moet worden gegeven om zich tegen een tusschen anderen gewezen vonnis te verzetten. Geeft men evenwel aan den regel eene algemeene beteekenis en vat men hem in dezen zin op dat uit een tusschen andere partijen gewezen vonnis voor een derde geen nadeel noch voordeel mag ontstaan, dan komt men er licht toe om aan een middel te denken,

dat het nadeel, hetwelk voor een derde uit een vonnis tusschen anderen gewezen ontstaan kan, af te weren. Want dat zoodanig nadeel op onderscheiden wijzen mogelijk is, is niet te ontkennen. En als dat nadeel dan uit een vonnis voortspruit, dat aan de macht die het wees een bijzonder gezag ontleent, dan ligt de gedachte aan de noodzakelijkheid van een bijzonder middel om de kracht van dat gezag te breken, voor de hand. Men verzuimt dan licht te vragen, of het nadeel werkelijk in eene verkorting van des derden recht bestaat dan of hij alleen in de uitoefening van zijn recht eene belemmering zal kunnen ondervinden, zooals er ook uit andere handelingen dan uit een tusschen andere partijen gewezen vonnis kunnen ontstaan. Kan men dan verder uit andere rechtsinstellingen gronden voor de noodzakelijkheid van zulke bijzondere rechtsmiddelen putten, dan schijnt zoo'n bijzonder middel licht heel natuurlijk en in de orde der dingen te liggen. Zoo deed zich hier gereedelijk het middel van de tusschenkomst voor. Gelijk dit middel gegeven wordt aan een derde om het nadeel af te weren dat een vonnis tusschen andere partijen gewezen hem zoude berokkenen, door dit vonnis te voorkomen, zoo moet dien derde eveneens een middel gegeven worden om het nadeel te keeren, dat het buiten zijne tusschenkomst gewezen vonnis hem veroorzaken kan. In 1827 wilde onze Regeering daarvan niet weten. Wanneer iemand in een geding tusschenkomt, zoo meende zij, geeft hij daardoor te kennen, dat dat geding te zijnen opzichte volstrekt niet is eene zaak tusschen derden welke hem niet aangaat en, voegde zij er bij, het nut der interventie is daarin gelegen dat daardoor in plaats van meerdere procedures één geding kan volstaan; dit is op het verzet door derden niet toepasselijk en daarom is het den derden belanghebbende onverschillig, of hij zijn recht door een buitengewoon middel of wel langs den ordinairen weg vervolgt. In 1837 redeneerde de Regeering evenwel geheel in den geest van de vroeger door haar zoo scherp bestreden nota van den heer Donker Curtius ter verdediging van het verzet door derden, en was zij nu van oordeel dat een derde juist tegen een vonnis een middel moest hebben, dewijl het rechtsgeding hem gemakkelijk had kunnen ontgaan en zoo de gelegenheid tot tusschenkomst ontbreken; „de bekendheid van een vonnis", zeide zij, „is meerder en de tenuitvoerlegging van hetzelve maakt den derde wakker." Hoe weinig steekhoudend deze redeneering zij om te betoogen dat de wakker geschudde derde niet voldoende bescher-

ming zou vinden voor zijn recht in het daaraan uit zijn aard verbonden rechtsmiddel en daarom een bijzonder middel zou behoeven, er ligt duidelijk dit in: nu een middel is gegeven om in een aanhangig geding op te komen ten einde een nadeelig vonnis worde voorkomen, moet, waar van dit middel geen gebruik werd gemaakt, een middel gegeven worden om tegen het benadeelende vonnis op te komen. Zie de aangehaalde nota in den aanhef en voorts VAN DEN HONERT bl. 418 1e kol. en 419 2e kol.

Te ontkennen is het evenwel niet dat er gevallen zijn waarin een tusschen andere partijen gewezen vonnis de rechten van derden kan benadeelen, in dier voege dat deze niet eenvoudig eene belemmering in de uitoefening ondervinden, welke zij met het aan haar recht in het bijzonder eigen beschermmiddel kunnen opheffen, maar dat hun recht zelf inderdaad wordt verkort. Met name heeft dit plaats wanneer eene rechtsvervolging wordt ingesteld en een vonnis wordt verkregen ter opzettelijke benadeeling der schuldeischers. Wanneer men dan alleen op den vorm let, waarin hier het resultaat van het opzet, de benadeeling, verkregen wordt, nl. alleen daarop dat dit door een vonnis bewerkt wordt, en dan dit geval met andere zoöeven vermelde gevallen, waarin door een vonnis eene belemmering in de uitoefening plaats heeft, over ééne kam gaat scheren, dan wordt op die wijze de overtuiging versterkt dat er behoefte bestaat om bij algemeenen maatregel een middel tot vernietiging van derden benadeelende vonnissen te scheppen. Daarbij wordt evenwel uit het oog verloren dat het geheel iets anders is, of de benadeeling het gevolg is van handelingen door anderen binnen de grenzen van hunne eigene rechten verricht, dan of die benadeeling het gevolg is van eene beschikking, die formeel wel binnen eigen rechtskring verricht wordt, maar die in werkelijkheid eene beschikking over eens anders vermogen (dat des schuldeischers) inhoudt en welker gevolg dan ook niet anders dan door een bijzonder daartoe strekkend rechtsmiddel kan worden gekeerd. Dit middel bestaat evenwel in geen ander dan in de zg. Pauliana, welke, voor het hier bedoelde geval tot een verzet door derden tegen een vonnis gemaakt, met eene andere heterogene categorie van gevallen is vereenigd, met welke het alleen in den vorm, niet uit zijn aard verband houdt.

Opmerking verdient dat de wetgever in art. 1376 B. W. het gevolg der overeenkomsten beschrijft op dezelfde wijze als waarop de betrekkelijke kracht aan de vonnissen bij art. 1954 B. W. toegekend

in den regel: „res inter alios iudicata aliis neque nocere neque prodesse potest," pleegt geformuleerd te worden. Overeenkomsten zijn (evenals vonnissen) alleen van kracht tusschen de partijen Deze kunnen daarbij aan derden geene verplichtingen opleggen noch hun rechten ontnemen, evenmin als derden aan tusschen anderen gesloten overeenkomsten rechten kunnen ontleenen. Dit wordt ook hier teruggegeven met te zeggen, zij kunnen aan derden niet ten nadeele verstrekken noch aan derden voordeel aanbrengen, omdat partijen bij hare overeenkomsten alleen over hun eigen vermogen kunnen beschikken. Daarvan is art. 1377 het onmiddellijk gevolg, maar doordien art. 1376 in veel te algemeene bewoordingen is gesteld, heeft dat art. 1377 den vorm van eene uitzondering gekregen. Het beteekent evenwel niet anders dan dat, aangezien partijen alleen over hun eigen vermogen, niet over dat van anderen bij hunne overeenkomsten mogen beschikken, zijn aan hunne schuldeischers niet opzettelijk mogen onttrekken dat deel van hun vermogen, hetwelk aan dezen tot onderpand van hunne schuldvorderingen verzekerd behoort te blijven en waarover de schuldenaar dus inderdaad reeds te hunnen behoeve had beschikt (*), al blijft hij in het algemeen en niettegenstaande de door hem aangegane schulden, de vrije beschikking over de bijzondere bestanddeelen van zijn vermogen behouden.

Daar het nu vaststaat dat door een vonnis tusschen partijen gewezen aan derden hun recht niet kan worden ontnomen — al kan dit, waar het van een aan een der partijen toekomend recht afhankelijk is, door een tusschen andere partijen gewezen vonnis vervallen — en dat derhalve, niettegenstaande zoodanig vonnis, het rechtsmiddel tot bescherming van des derden recht gegeven blijft bestaan, zoodat die derde geen bijzonder rechtsmiddel daartoe behoeft; terwijl het duidelijk is, dat ook de in het tusschen anderen gevoerd geding toegelaten tusschenkomst een bijzonder middel tot bestrijding van het gewezen vonnis niet rechtvaardigt (zie mijne verhandeling in

(*) Men kan het »niettemin" en »in hun eigen naam" van art. 1377 ook aan eene slordige vertaling van den wetgever toeschrijven, als behield hij daarin den terugslag op het in den Code voorafgaand art. 1166, niettegenstaande hij dit liet vervallen. Doch het »niettemin" slaat ook terug op het nu aan art. 1377 voorafgaand art. 1376: »Dezelve kunnen aan derden niet ten nadeele verstrekken", daar, niettegenstaande dat, de schuldeischers door de overeenkomsten hunner schuldenaren ten onrechte nadeel kunnen ondervinden. Al kon dan het »in hun eigen naam" wel gemist worden, dit kan te duidelijker doen uitkomen dat de schuldeischers nu ook niet uit de door anderen gesloten overeenkomst eene actie ontleenen, maar dat hun, tengevolge van het door zoodanige overeenkomst toegebracht nadeel en op grond daarvan, eene zelfstandige actie wordt toegekend.

Rechtsg. Mag. t. a. p. bl. 583 vv.); terwijl voorts het aan de schuldeischers toe te kennen rechtsmiddel om tegen handelingen van den schuldenaar, zoo gezegd ter bedriegelijke verkorting hunner rechten gepleegd, in eene behoorlijke uitwerking van de zg. Pauliana van zelf zijne voorziening kan vinden (zie mijne verhandeling in Rechtsg. Mag. t. a. p. bl. 583); zoo blijkt dat het middel van verzet door derden tegen de vonnissen een geheel overbodig rechtsmiddel is, welks opneming in de wet en welks voortbestaan wel te verklaren maar niet te rechtvaardigen is.

Niet te rechtvaardigen, omdat het uit de geschiedenis van de wording van dit rechtsmiddel duidelijk is, dat er bij zijne opneming in den Code groote verwarring van begrippen heerschte en de wetgever, om het maar in enkele woorden uit te drukken, daarbij niet wist wat hij deed; wèl te verklaren, omdat ten slotte de traditie, die groote macht vooral in de rechtspleging, den doorslag gaf.

Het is vooral uit de discussiën in den franschen Staatsraad gevoerd (LOCRÉ, Législation XXII p. 48 vv. cf. p. 126, 158) duidelijk, hoe men aan den eenen kant meende met die „tierce opposition" niets nieuws in te voeren en hoe slecht men elkander verstond, waar het er op aan kwam het karakter van de „tierce opposition" naar de vroegere ordonnantie, in verband met de daaromtrent, ook al niet in alles tot klaarheid gekomen praktijk en leer der commentatoren, te bepalen. Bevreemden kan dit al weer niet, daar de Ordonnantie van 1667 slechts enkele bepalingen omtrent de tierce opposition bevat en deze daar voorkomen deels in verband met de in tit. XXVII behandelde „exécution des jugemens", art. 10 en 11, deels met de „requêtes civiles", waarover in tit. XXXV gehandeld wordt, en welks 2de art. met de tierce opposition in verband is gebracht. Art. 10 der Ord. van 1667 vindt zijn oorsprong in art. 108 der Ord. van 1539, art. 11 in art. 51 der Ord. van 1566.

Houdt men nu in het oog dat in art. 10 van tit. XXVII der Ordonnantie de bepaling wordt aangetroffen dat de tiers-opposants wier verzet ongegrond verklaard wordt in boeten worden verwezen, en dat RODIER daarbij aanteekent, dat met die derden bedoeld worden „ceux qui non seulement n'ont pas été parties, ni appelés dans le procès sur lequel l'arrêt ou sentence ont été rendus mais qui n'y sont pas nommés, et ne paraissent y avoir aucun intérêt"; maar dat daaronder niet begrepen zijn „ceux contre qui la condamnation

porte directement c. à. d. qui sont compris dans l'arrêt ou sentence quoiqu'ils n'y aient pas été appelés" en dat deze laatste degene zijn van wie in art. 2 van tit. XXXV sprake is, wier ongegrond bevonden verzet niet met boete wordt gestraft, omdat daar van boete niet wordt gesproken, dan kan men geneigd zijn, om, aangenomen de noodzakelijkheid van het middel van derde verzet, met TREILHARD in te stemmen en zijne goedkeuring schenken aan art. 474, zooals het oorspronkelijk luidde in art. 463 van het Ontwerp. Het middel zou dan worden toegekend tegen een vonnis dat de rechten van derden benadeelt „et lors duquel ni elle ni ceux qu'elle réprésente n'ont point été appelés encore qu'ils eussent dû l'être". Wel werd nog bovendien in art. 464 de tierce opposition gegeven ten aanzien van vonnissen „lors desquels la partie n'a pas du être appelée", doch tegen deze zou zij alleen openstaan op grond van „collusion, fraude ou dol", welke gevallen evenwel volgens TREILHARD met de tierce opposition niet te maken hadden. Deze behoorde volgens hem beperkt te worden tot het geval dat iemand was veroordeeld zonder in de zaak geroepen of niet behoorlijk geroepen te zijn, terwijl hij geroepen had moeten worden. Hij moet dan daarbij het oog op art. 2 van tit. XXXV van de Ordonnantie gehad hebben. Hij achtte het niet noodig voor het geval dat een vonnis tusschen andere partijen gewezen was, omdat dit den derde niet aangaat; „il ne fait pas de titre contre le tiers". Hij wilde het bepaaldelijk niet geregeld hebben voor hen, die volgens RODIER in art. 10 van tit. XXVII bedoeld werden, van welke deze zelf zegt „qui ne paraissent y avoir aucun intérêt" en die, zooals RODIER er bijvoegt, daarom in boete moeten veroordeeld worden als zijnde „oppositions chicaneuses hasardées par de tierces personnes, qui d'ordinaire ne font que prêter leur nom à celui qui est condamné, pour traverser l'exécution de cette condamnation".

Bedenkt men evenwel dat, ofschoon TREILHARD het middel binnen enge grenzen wilde beperken en daarmede op den goeden weg was, hij op grond van zijn: „il ne fait pas de titre contre le tiers" ook hen, die veroordeeld heeten geworden te zijn zonder geroepen te zijn geweest, had moeten uitsluiten, en er dan van het geheele middel weinig zou zijn overgebleven; dat hij aan hen „qui ne paraissent y avoir aucun intérêt" wel het recht op het middel kon ontzeggen, doch daarmede niet kon beletten dat zij, als eens het middel in het algemeen was toegelaten, het te werk stelden, dan verklaart zich licht

dat zijn gevoelen geen ingang kon vinden, nu men eens besloten scheen aan het middel zelf vast te houden.

Daar kwam bij dat juist degenen, die, zonder eigenlijk belang te hebben, van het derde verzet gebruik maken, bij uitnemendheid „tiers-opposans" genoemd worden (behalve bij RODIER ook bij JOUSSE op art. 10 der Ord.) en dat, niettegenstaande art. 11 wil dat een derde verzet de tenuitvoerlegging van een vonnis tot ontruiming van een erf niet in den weg kan staan, RODIER, met beroep op BOUTARIC, deze bepaling alleen toepasselijk acht voor het geval dat de derde noch eigendom, noch bezit van het erf beweert te hebben, terwijl ook de tenuitvoerlegging van een vonnis tot oplevering van een roerend goed of tot betaling van een geldsom door „une opposition de tierces personnes" wordt geschorst. Uit een en ander volgt dat het derde verzet zich, volgens de commentatoren van de Ordonnantie, veel verder uitstrekt dan TREILHARD het wilde toelaten. En als dan o. a. BORNIER tot rechtvaardiging van de toelating der tierce opposition en van de bij art. 10 op een mislukt derde verzet gestelde boete als reden aanvoert „que l'opposition n'est point défendue, puisqu'elle est de droit naturel suivant la loi ut vim ff. de just. et jure et la loi 1 D. unde vi, mais seulement celle qui est faite témérairement et par un esprit de chicanerie", dan moet men wel inzien dat de tegenstanders van TREILHARD konden meenen de leer en de praktijk van de Ord. en de schrijvers beter terug te geven, toen zij wilden dat het derde verzet ook voor hen zou worden opengesteld, die in het geding niet hadden behoeven geroepen te worden en dat uit dat oogpunt het gevoelen van den Minister van Justitie moest triomfeeren, die beweerd had: „que le droit de former tierce opposition appartient indistinctement à tous ceux qui ayant intérêt et qualité n'ont pas pas été appelés." In dien zin werd dan ook ten slotte art. 474 opgesteld en, nadat art. 464, hetwelk in geval van collusie bestrijding van het vonnis aan daardoor benadeelde derden toeliet, uit het ontwerp verwijderd was, vervielens tevens uit art. 463 (later 474) de slotwoorden „encore qu'ils eussent dû l'être". Want art. 464 verviel niet, omdat men met TREILHARD van gevoelen was dat de bestrijding uit hoofde van collusie eigenlijk niet tot het derde verzet behoorde, maar het moest wel vervallen omdat, bij de uitbreiding die de Minister van Justitie, door de ruimere redactie, aan het middel wilde gegeven hebben, het tevens de bestrijding wegens collusie omvatte. En terwijl voor deze bestrijding

onmogelijk kon worden gevorderd dat de benadeelde derden in het geding geroepen hadden moeten worden, moest dit vereischte wel voor het geheele middel worden prijsgegeven. Zoo alleen is het te verklaren dat de Staatsraad BOULAY van oordeel was dat, na het wegvallen van art. 464, ook art. 463 eene wijziging noodig had, waarna een door REYNAUD voorgesteld amendement om in art. 463 de woorden: encore qu'ils eussent dû l'être te schrappen, werd aangenomen. De Minister van Justitie had daarvoor echter nog dezen grond: „l'arrêt qui adjuge la propriété au demandeur le constitue propriétaire non seulement vis à vis du défendeur mais absolument et vis à vis de tous". Alsof het vonnis den eischer tot eigenaar maakte en iets te kort deed aan of zelfs eenige verandering bracht in het eigendomsrecht dat anderen dan de in 't ongelijk gestelde gedaagde op de zaak mochten beweren te hebben! Alleen de aanspraak die deze laatste op de zaak meende te hebben is voor goed ongegrond verklaard. Indien de Minister van Justitie uit het vonnis iets meer afleidt; wanneer hij beweert, dat het systeem, volgens hetwelk de in 't gelijk gestelde eischer alleen eigenaar is tegenover de partij, is „contraire aux principes admis par tous les jurisconsultes" en daaruit besluit dat anderen dan de veroordeelde gedaagde in het derde verzet een bijzonder middel noodig hebben om hun eigendomsrecht tegenover dat vonnis te handhaven, dan maakt hij zich eene geheel onjuiste voorstelling van den stand van zaken door het vonnis geschapen, en miskent hij blijkbaar juist die beginselen welke door alle rechtsgeleerden aangenomen zijn.

De oppervlakkigheid van het onderzoek en de verwarring en het misverstand daaruit geboren is in deze discussies, dunkt mij, duidelijk, of eigenlijk het eenige wat er duidelijk in is. In plaats van het middel van derde verzet naar zijn reden van bestaan te vragen en daarvan zijne opneming in het nieuwe wetboek afhankelijk te maken, achtte men 't voor zijne opneming voldoende dat het bestond. Nu moest, bij de verwarring die er reeds bij de commentatoren en in de jurisprudentie onder de Ordonnantie heerschte, daar het middel, op eenige weinig samenhangende bepalingen berustende, zich daaruit niet tot een harmonisch geheel had ontwikkeld, er wat van gemaakt worden en, waar een leidend beginsel ontbrak, had de subjectieve opvatting van onsamenhangende verschijnselen vrij spel. Zoo komt het mij voor dat TREILHARD zich uitsluitend vasthield aan art. 2 van tit. XXXV der Ordonnantie. Het daar onder de requêtes civiles

behandelde geval, waarin op „simple requête" de herziening van een vonnis kon verkregen worden, door hem, die als partij was behandeld zonder dat hij dit werkelijk geweest was, kon het middel terecht als een verzet tegen een vonnis doen qualificeeren en ook als een verzet door derden, omdat de verzoeker, inderdaad derde, slechts in naam partij in het geding was geweest. De commentatoren hadden evenwel dit middel reeds beschouwd als te zijn van gelijken aard als de in art. 10 van tit. XXVII behandelde tierce opposition, waarbij inderdaad van verzet tegen de tenuitvoerlegging van een tusschen anderen gewezen vonnis de rede was. Zoo kreeg dit laatste middel het karakter van een verzet tegen een vonnis en werd het als een buitengewoon middel om vonnissen te bestrijden met de benaming van „tierce opposition", meest overeenkomstig de beschouwing van den Minister van Justitie, in den Code opgenomen. En men kon de bestrijding op grond van „collusion, fraude ou dol" daar te eerder onder begrijpen omdat, zij het tengevolge van eene oppervlakkige beschouwing, de bestrijding van deze handelingen als eene bestrijding kon aangemerkt worden van het vonnis dat tot de voltooiing daarvan had medegewerkt.

Wanneer de toelating van de tierce opposition daarmede wordt verdedigd dat zij is „de droit naturel" en daarom algemeen heet toegelaten te moeten worden, dan wordt dit rechtsmiddel daardoor als van nature geacht gelijk te staan met de actie in de beperkte beteekenis van het woord. Is de actie in dien zin „de droit naturel", dat ieder die beweert een recht te hebben moet toegelaten worden om eene actie tot handhaving van dat recht in te stellen, dan moge daardoor wel de deur ook voor eene chicaneuze rechtsvervolging zijn opengesteld, maar wie zich daaraan waagt vindt zijn straf in de te zijnen laste komende proceskosten. Zoo is het dan ook met de tierce opposition en het misbruik, waarvoor hare algemeene toelating de deur openzet, wordt dan, behalve door proceskosten, nog bovendien door gerechtelijke boeten gekeerd. Het moge wel eenigszins vreemd zijn, dat het gebruik van een middel, hetwelk aan ieder de droit naturel heet toe te komen, met boete wordt gestraft, wat van het gebruik maken van eene gewone actie dan ook het gevolg niet is, men rechtvaardigt dit echter hiermede, dat de tierce opposition den tegenstander niet als eene gewone actie, alleen in zijn feitelijken toestand verontrust, maar dat daarmede tevens

tegen het gezag van eene rechterlijke uitspraak wordt opgekomen, een feitelijke toestand alzoo wordt verontrust die, met het gezag des rechters tot stand gekomen of gehandhaafd, een rechtstoestand mag heeten, en dat bovendien tot misbruik van de tierce opposition te eer aanleiding kan bestaan, omdat, gelijk BORNIER opmerkt, de tiers-opposants gemeenlijk „prête-noms" zijn, die met de in 't ongelijk gestelde partij samenspannen en „par complaisance" zich er toe leenen om de tenuitvoerlegging van het vonnis te dwarsboomen.

Het is, of het maar genoeg is dat men enkele teksten uit het Corpus iuris weet aan te halen om een instelling tot „de droit naturel" te stempelen, als men BORNIER zich daartoe ziet beroepen op „la loy ut vim ff. de just. et jure (l. 3 D. I, 2) et la loy 1 C. unde vi (VIII. 4). Niet licht zal thans iemand er in lezen wat BORNIER er uit afleidt. Het heeft immers met het „vim vi repellere" noch met de „tutelae inculpatae moderatio" niets te maken! En het middel kan te minder de droit naturel zijn omdat, zoo een middel door de wet en alleen door de wet gemaakt is, dan is het die tierce-opposition. Onze rechten zijn voldoende beschermd tegen een tusschen anderen gewezen vonnis, omdat dat vonnis alleen partijen bindt en ons niet aangaat voor zoover ons recht een zelfstandig recht is, terwijl het, voor zoover het onder den invloed staat of afhankelijk is van een ander recht, dien invloed niet kan ontgaan en, wat vonnissen betreft door opzettelijke benadeeling verkregen, eene uitwerking van de Pauliana in de daaruit ontstane benadeeling kan voorzien. Werd dit behoorlijk geregeld, dan zouden de woorden van art. 1377 B. W. (oud) „mits zij zich overigens gedragen naar de voorschriften der wet, overeenkomstig den aard der handelingen waartegen zij willen opkomen", in vervulling hebben kunnen worden gebracht en dan zelve kunnen vervallen. Dergelijke voorschriften komen nu alleen voor bij de tusschenkomst van schuldeischers in den eisch tot scheiding van goederen en bij hun verzet tegen het vonnis daarover tusschen de echtgenooten gewezen. Art. 247 B. W. 813 B. R. De bevoegdheid om op te komen tegen een vonnis dat ten nadeele van een derde door samenspanning, opzet of grof verzuim in de verdediging tot stand kwam, behoefde niet veel meer dan eene uitdrukkelijke erkenning in de wet met toepassing van de gevolgen aan eene onrechtmatige daad verbonden.

En zoo kom ik dan weder tot het besluit dat het middel, hetwelk als verzet door derden in onze wet is opgenomen, een deugdelijken

grondslag mist en zijn grond alleen kan vinden in eene traditie afkomstig van de praktijk, die van enkele, niet tot behoorlijke ontwikkeling gekomen en kwalijk begrepen; bepalingen der fransche Ordonnantiën een zelfstandig rechtsmiddel heeft gefabriceerd, waaraan de fransche wetgever van 1807 eene eigene plaats in het stelsel der middelen tot bestrijding der vonnissen heeft verschaft, zonder zich een helder denkbeeld van zijn karaktar te hebben gevormd. Dat de nederlandsche wetgever, na het middel eerst te hebben verworpen omdat het geen deugdelijken titel voor zijn bestaan kon aanvoeren, het ten slotte weder opnam, kon alleen met een beroep op de traditie goedgemaakt worden. Het was in het fransche wetboek toegelaten en mitsdien nog in gebruik! Op dien grond is er veel bij de herziening van 1837 in ons wetboek van burgerlijke rechtsvordering ingesmokkeld, dat men in 1827 had durven verwerpen.

Ik heb van een en ander met opzicht tot het verzet door derden reeds eenige jaren geleden (zie Verhandelingen der Kon. Akad. van Wetenschappen Afd. Letterkunde 3e Reeks Dl. VI (1888) en Rechtsgeleerd Magazijn Dl. VII (1888) bl. 572) het betoog geleverd en voerde het middel als een sprekend voorbeeld aan van de macht der traditie op het gebied der rechtspleging. Mijne overtuiging is te dien aanzien versterkt door het betoog van den heer Tissier in zijne hierboven vermelde bekroonde verhandeling die eenzelfden gedachtengang volgend tot eenzelfde uitkomst geraakt, terwijl mijne verhandeling hem wel onbekend zal zijn gebleven. Ook in het oordeel, dat de heer Tissier over de traditie in de procedure en de aanleiding tot hare macht uitspreekt, vind ik veel overeenstemming met hetgeen ik in de vermelde verhandeling en ook elders opmerkte. Ik mag niet nalaten het hier op te nemen. „... on doit remarquer," zegt de Schr. op bl. 13, „que c'est dans les institutions qui se rattachent à la procédure que la tradition joue le rôle le plus considérable; une fois certaines formes établies, souvent d'une façon arbitraire et sans fondement bien sérieux, le besoin d'ordre et de fixité dans la marche des procès fait qu'on les conserve longtemps, sans les soumettre, comme les principes de droit, à une critique et à un examen continuels. Elles attirent moins l'attention des théoriciens et des savants, et on sait que les praticiens, loin d'être des novateurs hardis, ont été de tout temps les plus ardents conservateurs des formes de procédure que leur profession leur a fait appliquer. Ces considérations peuvent expliquer

comment la tierce opposition, introduite par la pratique judiciaire, a été conservée par les praticiens qui ont eu le rôle prépondérant dans la rédaction du Code de procédure, sans qu'ils l'aient étudiée d'une manière bien approfondie, sans qu'ils l'aient soumise à une analyse bien sérieuse et à une critique bien savante." Tot dit resultaat kwam ook het belgische ontwerp van 1869. Het laat de tierce-opposition vervallen en geeft alleen aan schuldeischers het recht om een vonnis te bestrijden door het middel van revision in geval het vonnis werd verkregen door „collusion frauduleuse" of indien hunne rechten er door worden benadeeld. Voor de gevallen, die het derde verzet oorspronkelijk bedoelde, werd het inderdaad onnoodig geacht. Zie de toel. op B. III van het Ontwerp in Extrait des documents parlementaires 1869—1870 p. 72. Dat de benadeeling van schuldeischers er oorspronkelijk niet toe behoorde is ook hieruit duidelijk, dat onze wetgever, toen hij in 1827 het derde verzet deed vervallen, de bepaling omtrent het recht der schuldeischers tegen een vonnis tot scheiding van goederen behield. Het bleef bestaan niettegenstaande derde verzet werd afgeschaft, terwijl het nu als een opzettelijk in de wet aangegeven gevolg van het in algemeene termen toegelaten verzet door derden is te beschouwen. Verg. Mr. F. W. VAN DER PLAS, de schuldeischers bij het geding tot scheiding van goederen. Acad. Proefschr. Leiden 1888 bl. 22 vv. TISSIER heeft evenwel voor zijne veroordeeling van de tierce opposition zijn leermeester GARSONNET niet kunnen winnen. „Je pense au contraire" zegt deze uitnemende processualist, in zijn traité théorique et pratique de procédure T. V. § 1173 a. h. e. p. 781, „avec M. LARNAUDE (Rapport sur les prix décernés par la faculté de droit de Paris en 1889 p. 23) que mieux vaut conserver la tierce opposition dans sa forme actuelle, car les tiers peuvent avoir intérêt à attaquer immédiatement les jugements rendus contre eux, et la preuve qu'elle leur est utile est dans l'usage fréquent qu'ils en font." Indien de aangevoerde reden al als juist kon worden aangenomen, wat ik blijf ontkennen, dan nog ware daardoor een zelfstandig rechtsmiddel niet gerechtvaardigd. Onze Regeering zeide in 1837 bijna met dezelfde woorden dat „de rechten en belangen van een derde aanmerkelijk zouden lijden, indien hij geen middel had zijne rechten en belangen dadelijk tegen zoodanig vonnis te beschermen." Maar wat belet den door de Regeering bedoelden mede-eigenaar om tegen het vonnis waarbij zijn mede-eigenaar, alleen

tot ontruiming aangesproken, tot ontruiming werd veroordeeld, zijn eigendom dadelijk met de revindicatie te handhaven? Wat den verhuurder, wiens huurder zich, zonder hem te roepen, jegens eens revindicant tot ontruiming liet veroordeelen, het goed dadelijk na die ontruiming met de eigendomsvordering op te eischen en wat deert hem de ontruiming op zich zelf, tegen welke hij met het derde verzet toch ook zijn eigendomsrecht zal te handhaven hebben? Kan ook niet hij wiens roerend goed aan een en ander, tengevolge van een tusschen andere partijen gewezen vonnis, staat uitgeleverd te worden, die uitlevering met een revindicatoir arrest voorkomen? En wat het beroep op de aangehaalde reden betreft, het komt mij al zeer weinig afdoende voor. Immers het veelvuldig gebruik van het middel bewijst niet de noodzakelijkheid noch de rechtmatigheid van dit gebruik. Het omvat toch nu ook die „chicaneries" waartoe het reeds onder de Ord. aanleiding gaf. Ook kan het niet goedmaken de nadeelen, die het in de procedure en voor het materieele recht oplevert. Of heeft het bestaan van het middel niet doen zoeken naar gevallen, waarin het toepasselijk geacht moest worden, omdat het anders zonder doel in de wet zou staan? Is het dientengevolge wel niet gebruikt als een middel tot instandhouding van rechten die door wettig gewezen vonnissen hun bestaan hadden verloren? Heeft men het gebruik niet toegelaten om wettig gewezen vonnissen van kracht te berooven tegenover rechten, welke door die vonnissen in 't minst niet waren verkort? Heeft men tot rechtvaardiging van het middel niet een even ondeugdelijk en in de wet onbekend rechtsmiddel, de zg. intervention passive ou forcée, in de praktijk weten te behouden? Is men ten slotte niet over de toepassing van het middel voortdurend in strijd geweest, omdat de aard van het middel den wetgever zelven niet duidelijk voor oogen heeft gestaan en het dientengevolge in de praktijk tot menigte van vraagpunten aanleiding bleef geven, waarover wellicht interessant kon gepleit worden, altijd evenwel ten koste van de rechtzoekenden? — Op een gelijk standpunt als dat van GARSONNET heeft zich bij ons de ontwerper van een herzien wetb. van burg. rechtsv. in 1865 geplaatst, die het middel handhaaft en die handhaving in de Memorie van Toelichting eenvoudig rechtvaardigt met een beroep op de praktijk, voor zoover die uit LEON's Rechtspraak op art. 376 B. R. te kennen is.

Al heb ik tot dusver om het karakter van het verzet door derden

te doen uitkomen mij uitsluitend met zijne kritiek bezig gehouden, men zal niet ontkennen dat het karakter eener instelling ook uit zijne ondeugdelijkheid en overbodigheid kan worden gekend. Doch het zoude onjuist zijn om daaruit met CHAUVEAU op CARRÉ ed. Brux. Q. 1709 T. III p. 536, (zie daartegen TISSIER p. 67) te besluiten dat het middel voor toepassing niet vatbaar zou zijn. Al had de wetgever geen juist begrip van hetgeen hij wilde en al heeft hij het middel gegeven, terwijl het volkomen onnoodig was, hij heeft het toch duidelijk genoeg gewild voor gevallen die zich kunnen voordoen, al konden in die gevallen andere rechtsmiddelen voldoen. Het is waar, en de wetgever leert het ons zelf in art. 1954, dat een vonnis alleen van kracht is tusschen de partijen, maar men doet verkeerd met te zeggen dat het vonnis daarom aan derden geen nadeel kan toebrengen en daartegen kan het derde verzet worden gebruikt. Het kan dit nadeel teweegbrengen door de tenuitvoerlegging die daaraan gegeven wordt. Zoo werd het middel aanvankelijk gegeven als een middel tegen de tenuitvoerlegging. Dáártegen konden derden zich verzetten volgens de Ord. van 1667. Ter betere verzekering van dit recht wordt nu aan derden de bevoegdheid gegeven om tegen het vonnis zelf op te komen ten einde de tenuitvoerlegging daarvan geheel te voorkomen; de derde behoeft dus de te werk gestelde tenuitvoerlegging niet af te wachten.

Het middel is een middel tegen de vonnissen geworden, al wordt het ook gegeven met het oog op het nadeel dat eene tenuitvoerlegging van het vonnis aan een derde kan veroorzaken. Zoo verstaan heeft het, gelijk ik reeds hierboven opmerkte, met de relatieve kracht aan het vonnis toegekend niet te maken. „En droit", zegt BOITARD terecht: „le jugement rendu entre des tiers ne décide rien contre moi; mais en fait, l'exécution d'un pareil jugement peut me causer un préjudice très réel, très sérieux."

En al wordt het derde verzet als middel tot voorkoming van nadeel uit bedriegelijke handelingen van den schuldenaar voortspruitende, weder in een anderen zin tegen het vonnis, dat als middel tot die benadeeling werd uitgelokt, gericht, ook dit is er thans onder begrepen en CHAUVEAU meent ten onrechte dat dit geval onder het middel van request civiel zou vallen.

Volgens CHAUVEAU zou dan het middel van derde verzet eenig en alleen openstaan voor hem die, zonder in het geding werkelijk opgetreden te zijn, daarin als partij genoemd is, en tegen wien op die

wijze eene veroordeeling zou zijn verkregen. Het is zeker een zeldzaam voorkomend geval maar het kan voorkomen, bijv. als een procureur voor eene partij is opgetreden die hem tot procedeeren geen last gaf. Het komt mij evenwel hoogst twijfelachtig voor of het derde verzet daarvoor mag geacht worden gegeven te zijn. Immers de partij die hier als derde zich verzet, is feitelijk als partij opgetreden. En, naar de wet van 1896 n^0. 103, zal zij, overeenkomstig het daarbij aangevuld art. 263 B. R. van het middel van désaveu kunnen gebruik maken. Ware een gemachtigde zonder last voor iemand opgetreden, het vonnis zou den vermeenden lastgever niet aangaan (art. 1844 B. W.) en hij zou het beroep, dat tegen hem op het vonnis mocht gedaan worden, op dien grond kunnen keeren. Verg. Dl. III bl. 203. Het geval, dat iemand met name bij een vonnis zou zijn veroordeeld zonder gedagvaard te zijn en dus zonder dat die veroordeeling bij verstek zou zijn uitgesproken, komt mij zoo gezocht voor, dat ik meen het buiten bespreking te kunnen laten.

Wil men de gevolgen van een bij verstek gewezen vonnis ontgaan, men zal daartegen het middel van verzet moeten aanwenden; een in eersten aanleg gewezen vonnis zal een gewijsde worden, wanneer daarvan niet bijtijds in hooger beroep wordt gekomen, een in het hoogste ressort gewezen vonnis kan zijn kracht alleen tengevolge van een beroep in cassatie verliezen. Deze omstandigheid geeft aanleiding tot de vraag, of het middel van verzet ook moet aangewend worden om het nadeel hetwelk men beweert dat een tusschen anderen gewezen vonnis ons zou kunnen berokkenen, te keeren, dan of men steeds de bevoegdheid behoudt om zich te beroepen op de betrekkelijke kracht van het vonnis tusschen anderen gewezen. M. a. w. is men verplicht of slechts bevoegd om van het verzet door derden gebruik te maken? Deze vraag heeft de fransche juristen verdeeld gehouden en terwijl er velerlei schakeeringen in de tegenover elkander staande gevoelens worden aangetroffen, is de verplichte natuur van het middel het scherpst en met het meeste talent verdedigd door NAQUET in de Revue Critique van 1872/73 p. 350 en 421. Ik maakte daar melding van in mijne verhandeling in Rechtsg. Mag. t. a. p. bl. 592 nt. en 600. Men vindt al de over dit vraagpunt verkondigde gevoelens uitstekend uiteengezet en beoordeeld door TISSIER, a. w. Chap. II. p. 72—97. Uit een arrest van het Hof v. Cassatie in België

van 25 Maart 1898, Belgique jud. 1898 n°. 43, schijnt te moeten worden afgeleid dat, volgens dit Hof, de toekenning van het middel van verzet door derden de actie ten principale zou uitsluiten. Met TISSIER blijf ik van gevoelen dat het middel van facultatieven aard is, behalve in de gevallen dat het betreft vonnissen die door samenspanning, opzet of grof verzuim zijn verkregen. Bij deze komt de schuldeischer, die beweert benadeeld te zijn met de bewering dat het vonnis hem niet aangaat en dat zijn recht met het daaraan verbonden middel tot handhaving onverkort is gebleven, niet verder. Het vonnis is een bestanddeel, als 't ware het complement van de handeling die hem benadeeling veroorzaakte; het middel van derde verzet is, nu 't opzettelijk in de wet is geregeld, het eenige middel waardoor de schuldeischer van de benadeeling zijner rechten kan doen blijken en deze kan doen opheffen. Want het is een bijzondere vorm, waarin de zg. Pauliana die tegen bedriegelijke handelingen der schuldenaren is toegekend, op het bijzonder geval dat de benadeeling door middel van een geding en een vonnis plaats heeft, wordt toegepast. Bovendien is, in geval van opzet of verzuim, het derde verzet tegen het vonnis, hetwelk langs dien weg werd verkregen, de vorm waarin de rechtsvordering wegens schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt wordt ingesteld. Uit een systematisch oogpunt is er wel een bezwaar te maken tegen de meening die aan hetzelfde middel dan een facultatief dan weer een obligatoir karakter toekent, naarmate van het doel waartoe het gebezigd wordt. Maar dat gebrek aan systeem vindt voldoende verklaring in 't gebrek aan logica, waaraan de fransche wetgever bij de regeling van het middel geleden heeft, gelijk wij boven gezien hebben. Ik acht het nauwelijks noodig er op te wijzen dat het tot de beslissing van de hier behandelde vraag niet afdoet, dat de wetgever in art. 376 zegt dat derden bevoegd zijn om zich te verzetten, ofschoon zelfs MERLIN aan het „peut" van art. 474 C. de pr. een argument voor het facultatief karakter ontleent. Ook bij het appèl en de revisie wordt in art. 332 en in art. 359 gezegd dat partijen van die middelen kunnen gebruik maken. Het gebruik maken van een rechtsmiddel blijft altijd eene bevoegdheid voor hem aan wien het middel is toegekend. Ook hier geldt het „invitus agere nemo cogitur". Bij het derde verzet zou het dan, gelijk wij zagen de vraag zijn of, even als bij het hooger beroep, revisie en cassatie het vonnis den in het ongelijk gestelde bindt, het den derde zal binden als hij het middel niet aanwendt, en dit in dien zin verplicht is.

En deze vraag wordt ontkennend beantwoord door hem die aan het middel alleen een facultatief karakter toekent. Het facultatief karakter wordt erkend bij vonnis Haarlem 30 Juli 1895 W. 6916, bij arr. H. Raad 19 Nov. 1847, geciteerd bij OUDEMAN II bl. 46. Deze schrijver laat zich over de tweeerlei categoriën van gevallen niet uit. Evenmin doet dit DE PINTO II, 1. bl. 599, die den facultatieven aard van het middel overigens niet twijfelachtig vindt.

Wanneer wij nu ten slotte in 't kort samenvatten wat ons het eigenaardig karakter van het middel van verzet door derden bleek te zijn, dan komt dit hierop neder.

De betrekkelijke kracht aan de vonnissen bij de wet toegekend maakt het middel overbodig. Het doet dan ook aan die betrekkelijke kracht geen afbreuk. Die betrekkelijke kracht van de vonnissen belet evenwel niet dat voor een derde een feitelijk nadeel uit de tenuitvoerlegging van een tusschen anderen gewezen vonnis zou kunnen ontstaan, evenmin dat een vonnis de bevestiging of het complement kan zijn van eene handeling ter benadeeling van crediteuren of van derde belanghebbenden bepaaldelijk in het geval van opzet of grof verzuim in de verdediging. In het middel van derde verzet geeft dan de wetgever een middel om dat tweeërlei nadeel te keeren. Terwijl nu in het eerstgenoemde geval het recht van den derde zijn natuurlijke middelen van bescherming behoudt, zoodat die derde het beroep op het tusschen anderen gewezen vonnis, als zijn recht intact latende, kan afwijzen, en het derde verzet hem nog bovendien gegeven wordt, in het tweede geval het derde verzet een bijzondere vorm is van eene in het algemeen tegen de benadeeling van crediteuren in het nadeel van belanghebbenden toegekend middel, zonder hetwelk het beweerd nadeel niet is te keeren, zoo heeft het in het eerste geval een facultatief, in het tweede een obligatoir karakter.

Wij zullen het middel nu nader leeren kennen door te onderzoeken, aan wien en op welken grond, en tegen wien het gegeven is, welke vonnissen aan dit middel onderworpen zijn en eindelijk, welk gevolg de toepassing van het middel heeft op de vonnissen, waartegen het wordt aangevoerd.

Het verband van dit middel met de tusschenkomst in het geding waarop reeds met een enkel woord werd gewezen, zal bij de bespre-

king van de vraag, aan wien en op welken grond het verzet door derden is toegekend, van zelf nader blijken. De behandeling van een en ander dezer bijzondere punten zal nader kunnen strekken tot een toetsteen van de juistheid onzer kritiek van het middel zelf.

§ 190. PERSONEN AAN WIE EN GRONDEN WAAROP HET MIDDEL IS TOEGEKEND.

Derde.

Het verzet door derden komt toe aan hem, die in een geding geen partij is geweest noch kan geacht worden als in de rechten van eene der partijen opgevolgd die partij te vertegenwoordigen. Het wordt dien alzoo buiten het geding gestaan hebbende derde toegekend, indien hij aantoont en alzoo op grond dat hij door het in dat geding gewezen vonnis in zijn recht is benadeeld. Art. 376.

Benadeeling:

Die benadeeling kan plaats hebben in twee verschillende categorieën van gevallen.

van schuldeischers;

1o. Het vonnis kan strekken tot bevestiging van eene handeling ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers aangegaan. Ook kan in het geding zelf dergelijke handeling opgesloten liggen.

van derde belanghebbende;

Voorts kan het vonnis verkregen zijn door verstandhouding tusschen de partijen, opzet of grof verzuim van den gedaagde in zijne verwering waardoor een derde, die zich in het geding zou hebben kunnen voegen, in zijn recht benadeeld wordt.

in de uitoefening van een recht.

2o. De derde wordt door het vonnis in de uitoefening van zijn recht belemmerd. Al blijft zijn recht onverkort bestaan, niettegenstaande een vonnis tusschen andere partijen gewezen eene beschikking over eene hem toebehoorende zaak inhoudt, kan bijv. de daardoor schijnbaar onvrije toestand van zijn eigendom hem in de beschikking daarover bemoeilijken; de oplevering van de aan den derde toebehoorende zaak, waartoe de houder jegens een ander werd veroordeeld, kan de opvordering daarvan voor den derde bezwarender maken, niet alleen bij roerende maar ook bij onroerende zaken.

De personen aan wie en de gronden waarop het rechtsmiddel is toegekend, worden in art. 376 aangewezen. Het artikel is niet gelukkig gesteld. Wanneer men door omschrijving, ontleding en constructie den zin daarvan bepalende, het alleen uit

zich zelf zou willen verklaren, komt men niet tot een bevredigend resultaat. De zin van het artikel komt dan toch hierop neder: „Zij die geen partij in een geding zijn geweest, zijn bevoegd zich tegen het in dat geding gewezen vonnis te verzetten, indien het hunne rechten benadeelt. Zij moeten dan evenwel noch in eigen persoon, noch in den persoon van hun wettigen vertegenwoordiger in het geding zijn geroepen; evenmin moet degene van wien zij de wettige vertegenwoordiger zijn in het geding geroepen zijn geweest. Dan toch waren zij partij in het geding, al lieten zij verstek gaan. Niet alleen moeten zij die zich willen verzetten niet geroepen geweest zijn in het geding, maar zij moeten ook niet uit zich zelf door voeging of tusschenkomst aan het geding hebben deelgenomen, want ook dan zijn zij, al waren zij geen hoofdpartij, toch partij in het geding". Ik geloof niet te veel gezegd te hebben, dat de bepaling dus verstaan heel weinig bevredigend is. Kennelijk heeft de wetgever nader willen aanwijzen wie hier derden zijn. Dat hij nu begint met het middel „van verzet door derden" aan derden toe te kennen, laat ik daar. Zeker is het dat ieder onder dat woord in dit verband moet verstaan: „zij die geen partij in het geding zijn geweest." Dat evenwel voor dit geval eene nadere bepaling van derde in die natuurlijke beteekenis van „geen partij" moest gegeven worden, laat zich hooren. Maar dat die nadere bepaling hierop neêrkomt, dat derden zich kunnen verzetten, indien zij geene partij zijn geweest, m. a. w. indien zij derden zijn, dat is toch inderdaad wel wat naïef voor een wetgever. Zal dan iemand kunnen twijfelen, of niet hij die zich in een geding voegde of daarin tusschenkwam, die dus als gevoegde of als tusschenkomende partij in het geding optrad, als partij met opzicht tot het in dat geding gewezen vonnis zij te beschouwen? Zal iemand kunnen twijfelen of hij die in een geding geroepen verstek liet gaan met opzicht tot het daarin gewezen vonnis als derde beschouwd zou kunnen worden, terwijl hem het middel van verzet om tegen dat vonnis op te komen wordt gegeven, juist omdat hij daarin als partij betrokken werd en dus het derde verzet voor hem van zelf niet geschreven kan zijn? Maar gesteld, de wetgever wilde een voorwendsel zelfs tot twijfel wegnemen en sprak daarom van niet geroepen met het oog op een verleend verstek, zou er wel iemand zijn die er aan twijfelde, of niet even goed geroepen was hij die in den persoon van een wettigen vertegenwoordiger als hij die in eigen persoon

werd geroepen? Zou iemand kunnen twijfelen of hij die zelf geroepen werd en later een vertegenwoordiger kreeg, derde kon worden, omdat nu een vertegenwoordiger voor hem optreden zal en deze vertegenwoordiger niet in het geding was getreden? Is er eenige twijfel mogelijk, of de zoodanige partij is geweest in het geding en daardoor van het derde verzet uitgesloten? En zoo komt dan de zin van het artikel, alleen uit zich zelf verklaard en ontdaan van al zijn breedsprakigheid, hierop neer: „Derden zijn bevoegd zich te verzetten tegen een vonnis dat hunne rechten benadeelt, indien zij in het rechtsgeding geen partij zijn geweest, m a.w. indien zij derden zijn." Maar, zal men geneigd zijn te vragen: heeft dan de wetgever bij al die woorden die hij gebruikte niet gedacht? Wel zeker; maar hij heeft niet bedacht dat hij met al die woorden zoo goed als niets van beteekenis zeide. Een wetgever moet natuurlijk eerst spreken nadat hij gedacht heeft, maar het kan hem wel gebeuren, dat hij, als een ander ook wel eens doet, spreekt zonder vooraf gedacht of althans behoorlijk nagedacht te hebben. Wanneer ik nu hier eene verklaring zoek, dan acht ik het niet onwaarschijnlijk dat de gedachtengang van den steller van het artikel deze is geweest. Het is duidelijk dat hij, met het fransche artikel voor zich, dit zooveel mogelijk heeft willen behouden, maar het ook op zijne manier heeft willen aanvullen en verbeteren. Ik heb meer bepaaldelijk het oog op het tweede gedeelte van art. 474 C. d. pr.: „et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés." Dat „appelés" behoudende konden de gevoegde en tusschenkomende partijen niet anders dan afzonderlijk vermeld worden, want ofschoon niet appelés, omdat zij uit zich zelve verschijnen, zijn zij toch partijen, en dat toch ook zij moesten uitgesloten zijn, sprak van zelf.

Maar hoe kwam de redacteur nu aan die aanvulling van het straks vermelde gedeelte van het fransche artikel door in plaats daarvan te schrijven: „indien zij noch in persoon, noch wettiglijk vertegenwoordigd of indien zij, welke zij vertegenwoordigen, in het rechtsgeding niet zijn geroepen"? Hij moet het fransche artikel wel zóó hebben opgevat, dat met „ceux qu'elle représente" gedoeld werd op de wettige vertegenwoordiging en dat m. a. w. gezegd werd dat een wettige vertegenwoordiger van dengene die in het geding geroepen, d. i. partij was geweest, geen derde verzet had. Hij moet dan ondersteld hebben dat de fransche wetgever het oog had op het geval dat iemand die in persoon in het geding was

geroepen geweest, later een vertegenwoordiger had gekregen; nu kon van dien vertegenwoordiger wel worden gezegd dat hij feitelijk in het geding niet was geroepen, maar toch moet hij geen derde verzet hebben. Want de partij, voor welke hij opkwam, die nu door hem vertegenwoordigd wordt, was in het geding geweest. Eene ongehuwde vrouw is in het geding geroepen, later trouwt zij in gemeenschap; nu mag de man, voor de vrouw optredende, niet beweren ten opzichte van het vonnis derde te zijn; evenmin de curator, indien de thans onder curateele gestelde vóór zijne curateele zelf in het geding was opgetreden. Men zou wel zeggen, dat dit niet behoefde bepaald te worden, maar eens in den gedachtengang geraakt dat de fransche wetgever op dit bijzonder geval van wettige vertegenwoordiging het oog had, ligt het voor de hand dat men tot de meening kon komen, dat nog veeleer in het meest gewone geval van wettige vertegenwoordiging moest worden voorzien en dat eene partij, om derde te zijn niet alleen niet in eigen persoon maar ook niet door een ander wettiglijk vertegenwoordigd geroepen moest geweest zijn. En zoo kon men zich verbeelden het fransche artikel door eene aanvulling te verbeteren; wat van zelf sprak en, zooals men 't opvatte, niet had behoeven gezegd te worden, werd aangevuld met wat evenmin behoefde gezegd te worden, maar toch nog eer moest gezegd worden dan het reeds gezegde. En zoo kregen we dan in plaats van „ni ceux qu'elle représente" te lezen: „noch in persoon noch wettiglijk vertegenwoordigd noch zij welke zij vertegenwoordigen." Zoo moet wel door den steller zijn gedacht; maar heeft hij daarbij behoorlijk nagedacht? Neen, want zonder te vragen, hoe de fransche wetgever nu juist aan dat minder voorkomend geval van een later opgekomen wettelijke vertegenwoordiging zou hebben gedacht en van het andere dat, als 't meest voorkomende, voorop moest gaan, had kunnen zwijgen; zonder daarin dan aanleiding te vinden om te vragen, of de fransche wetgever hier met dat représenter ook iets anders kon hebben bedoeld; zonder dus verder na te denken, maar losweg ingaande op datgene waaraan de woorden hem in de eerste plaats hadden doen denken, ging de steller van art. 376 op zijn manier aan 't aanvullen en verbeteren. Diepe studie van de tierce opposition der Franschen moet hij niet gemaakt hebben. Want dan had hij spoedig ontdekt, dat hij 't fransche artikel verkeerd verstond en dat représenter hier niet beteekent „als wettige vertegenwoordiger optreden voor iemand wiens rechten men te diens

behoeve uitoefent," maar „als iemands vertegenwoordiger optreden omdat diens rechten op hem zijn overgegaan, omdat hij in diens rechten is getreden". Dit is eene zeer gangbare beteekenis van het représenter bij de Franschen in wetten en rechtspraak. Het is het treden in de plaats van een ander die zijne rechten verloor of opgaf, als daar zijn een erflater of verkooper, door hem op wien die rechten overgingen of die ze verkreeg, als erfgenaam of kooper. Dus opgevat, — en deze beteekenis van de woorden van het fransche artikel „ceux qu'elle représente," is niet twijfelachtig, — ligt daarin eene nadere, gansch niet overbodige, bepaling van wie hier onder derden al of niet begrepen zijn. Onder derden zijn dan niet begrepen zij die, ofschoon in het geding niet geroepen zijnde, toch tegen het vonnis niet in verzet kunnen komen omdat hun rechtsvoorganger, dien zij als zijne rechtsopvolgers vertegenwoordigen, daarin is geroepen geweest en daarin als partij is opgetreden. Niet alleen moeten zij die als derden tegen een vonnis in verzet willen komen, zelve niet in het geding geroepen zijn geweest, maar ook hun rechtsvoorganger, welken zij heeten te vertegenwoordigen, omdat diens recht op hen overging, moet in het geding niet geroepen, daarin geen partij geweest zijn.

Hoe moet men nu die woorden uit het fransche artikel, in art. 376 letterlijk vertaald, verstaan? Als men het artikel alleen uit zich zelf verklaart, dan laat men van zelf de beteekenis van vertegenweordigers door het onmiddellijk voorafgaande en daarmede in dadelijk verband staande „WETTIGLIJK vertegenwoordigd" beheerschen; men geeft van zelf aan vertegenwoordigen, in denzelfden zin tweemaal voorkomende, gelijke beteekenis. Maar dit is niet noodzakelijk. En wanneer dan, door hier uitsluitend aan wettelijke vertegenwoordiging te denken, de geheele nadere bepaling zoo goed als niets beteekent en als van zelf sprekend best kon worden gemist; wanneer het artikel alleen eene redelijke beteekenis heeft door de woorden waarop het aankomt: „indien zij, welke zij vertegenwoordigen," de beteekenis te laten behouden, die zij hadden in de fransche wet waaruit zij woordelijk zijn vertaald, dan aarzel ik geen oogenblik om aan te nemen dat ook de nederlandsche wet in art. 376 met zoovele woorden bepaalt dat het middel niet toekomt aan hen die, ofschoon zij zelve in het geding geen partij waren, in de rechten van eene der partijen zijn getreden en dientengevolge en in dien zin als vertegenwoordigende hun rechtsvoorganger in

wiens plaats zij zijn getreden, door hem partij in het geding zijn geweest.

Wellicht ware voor het betoog van de juistheid dezer opvatting eene kortere uiteenzetting van de gronden die daarvoor pleiten voldoende geweest. Maar ik meende de gelegenheid niet te moeten laten voorbijgaan om tevens in een duidelijk voorbeeld aan te toonen, hoe onvoldoende de door sommigen zoo hoog geprezen uitlegging van de wet alleen uit haar zelve en hare letter, althans voor onze wetboeken is. Die wijze van uitleggen moge eenvoudig en redelijk schijnen, hare uitkomsten kunnen doen zien dat zij onredelijk en onjuist tevens kan zijn.

De bepaling der wet geeft aanleiding om nu in de eerste plaats na te gaan, wie niet als derden zijn te beschouwen. Het zijn dan vooreerst zij die in persoon of wettiglijk vertegenwoordigd in het geding zijn geroepen geweest. Wettiglijk vertegenwoordigd, d. i. vertegenwoordigd overeenkomstig de wet, kan niet anders terugslaan dan op hen die krachtens overeenkomst door een lasthebber of krachtens de wet, door een wettelijken vertegenwoordiger, als een voogd of curator, in het geding hebben gestaan; ook de rechtspersonen die door hunne organen optreden, welke organen gemeenlijk de door hen bestuurde lichamen heeten te vertegenwoordigen. Met opzicht tot die wettelijke vertegenwoordigers verwijs ik naar § 21 van dit werk (Dl. I, 3e dr. bl. 177). Dat nu ieder die in persoon of aldus vertegenwoordigd optreedt partij is in het geding, is niet twijfelachtig Want rechtens zijn die vertegenwoordigden een en dezelfde persoon met den vertegenwoordiger en omgekeerd. Dat zij aldus niet het recht van derde verzet kunnen hebben, is het niet minder. Dat nu ook een later door iemand krachtens de wet verkregen vertegenwoordiger niet als derde zich kan verzetten tegen een vonnis waarin de door hem vertegenwoordigde in persoon optrad, is even duidelijk. Men werpt hem immers eenvoudig tegen: gij zijt in persoon in het geding geroepen geweest, want met hem die er in optrad, zijt gij in uwe betrekking een en dezelfde persoon.

Maar gelijk ik opmerkte worden niet alleen van het derde verzet uitgesloten die in persoon of door een conventioneelen of legalen vertegenwoordiger partij in het geding zijn geweest, maar ook zij wier rechtsvoorgangers in het geding zijn opgetreden, omdat zij in de plaats van hunne voorgangers getreden, die voorgangers vertegen-

woordigen. De fransche wetgever wilde bepaaldelijk de erfgenamen en rechtverkrijgenden van het middel van verzet door derden uitsluiten omdat ook zij, al waren zij zelve geen partij geweest, moesten geacht worden in het geding door hunne voorgangers die zij vertegenwoordigden, in 't geding te hebben gestaan. En dit mocht althans wat de rechtverkrijgenden betreft wel uitdrukkelijk gezegd worden. Want, waar de wetgever de kracht van het vonnis bepaalt, brengen de bewoordingen waarin hij dit doet (art. 1351 C. C. en 1954 B. W.) en terecht, niet mede om er ook onder te begrijpen der partijen erfgenamen en rechtverkrijgenden, m. a. w. hen die gezegd kunnen worden in der partijen schoenen te zijn getreden.

Dat echter wat van de partijen zelve geldt ook van hunne erfgenamen moet gelden volgt uit de bepalingen van artt. 880 en 1002 B. W., waarin de erfgenamen gezegd worden van rechtswege te treden in het bezit der goederen, rechten en rechtsvorderingen van den overledene, hun erflater. Daaruit volgt duidelijk genoeg dat het vonnis tegen den erflater als partij gewezen ook de erfgenamen bindt, al waren zij geen partij in het geding. Zij kunnen dus niet, al zijn zij derden, tegen zoodanig vonnis opkomen, tenzij er sprake mocht zijn van een recht dat zij, ofschoon het hun als erfgenamen toekomt, niet aan den erflater ontleenen, met name de vordering tot inkortingen van schenkingen wegens benadeeling van het wettelijk erfdeel.

Wat de rechtverkrijgenden betreft is dit evenwel zoo duidelijk niet. Daar wordt toch niet van hen, zooals van de erfgenamen, bepaald dat zij in de rechten van hun voorganger opvolgen. Maar dat zij niet meer recht, en dus alleen dat recht wat hun voorganger had, van hem kunnen verkrijgen en zij dus ook gehouden zijn aan de beschikking welke hun voorganger over het hun overgedragen recht door daarover een geding te voeren maakte, is even duidelijk. En dat zij, niettegenstaande zij geen partij in het geding waren, dus tegenover dat geding als derden te beschouwen waren, maar dat hun toch niet als aan andere derden het recht kan worden toegekend om tegen dat vonnis zich te verzetten omdat hun recht, als door iedere andere beschikking van hun voorganger, zoo ook door een door hem uitgelokt vonnis, bepaald wordt, is het niet minder. Die rechtverkrijgenden konden alzoo, in gelijken zin als de erfgenamen met opzicht tot het geheele hun nagelaten vermogen, vertegenwoordiger van den erflater heeten, gezegd worden dengene te vertegenwoordigen aan wien zij hun recht ontleenden.

De vertegenwoordiging is echter op het rechtsgebied een zeer rekkelijk begrip. Laat het zich hooren dat, bij opvolging in de rechten van een ander door erfopvolging, van eene vertegenwoordiging gesproken wordt, tot welk denkbeeld het „defuncti personam sustinere", dat de Romeinen op de erfgenamen toepasten, gereede aanleiding gaf, en welke voorstelling ook met eene opvolging in een nagelaten vermogen, het opvolgen in de vermogensrechtelijke persoonlijkheid zooals dat wel genoemd wordt, wel scheen overeen te stemmen; bij opvolging in een bijzonder recht of eene bijzondere rechtsbetrekking verliest de voorstelling veel van hare juistheid, omdat dan de vertegenwoordiging van een persoon tot een aan dezen toebehoorend hebbende zaak of recht beperkt moet worden. Intusschen heeft de gewone samenkoppeling van erfgenamen met rechtverkrijgenden (héritiers et ayants cause), tot de toepassing der vertegenwoordiging ook op de bijzondere rechtverkrijgenden geleid, en het lijdt geen twijfel of, wanneer de fransche wetgever in art. 474 spreekt van „ceux qu'elle représente", hij zoowel de rechtsvoorgangers onder algemeenen titel als die onder bijzonderen titel heeft willen aanduiden. Kan men nu zoowel van de opvolgers van de eerste als van die der tweede categorie zeggen, dat zij hunne voorgangers vertegenwoordigen, men moet niet omgekeerd zeggen dat, dewijl bijv. de erfgenamen verbonden zijn door de door hun erflater aangegane verbintenissen, dit het gevolg daarvan is dat de erflater hen vertegenwoordigde. Ik ontken niet dat de wet (de C. C. in art. 1122, ons wetboek in art. 1354) tot die voorstelling aanleiding geeft, als daar gezegd wordt dat men verondersteld wordt bedongen te hebben voor zich zelven en voor zijne erfgenamen en rechtverkrijgenden. Toch wordt dan vertegenwoordiging in een valsche beteekenis gebruikt. Het is toch eene natuurlijke onmogelijkheid dat een erflater in de plaats treedt van zijne erfgenaam en nog minder dat een verkooper in de plaats zou treden van den kooper, hoedanig in de plaats treden de vertegenwoordiging met zich brengt. Dat het beding, hetwelk iemand maakt ook aan zijne erfgenamen ten goede komt, is niet het gevolg van eene vertegenwoordiging van die erfgenamen door den erflater, maar eenvoudig het gevolg daarvan dat de erfgenamen zullen opvolgen in hetgeen de erflater voor zich bedongen had; voorts dat aan den rechtverkrijgende te goede komt wat een eigenaar eens ten behoeve van zijne zaak voor zich bedong, is niet anders dan het gevolg daarvan, dat die eigenaar door zijn rechten op de zaak over te

dragen, die zaak overdraagt in den toestand waarin zij zich bevindt.

Het derde verzet wordt nu aan de erfgenamen der partij niet ontzegd omdat zij in het proces door hun erflater vertegenwoordigd werden, maar omdat de erflater dien zij vertegenwoordigen, partij in het proces was. En zoo zal ook aan een kooper het recht van derde verzet niet ontzegd worden omdat hij door den bij het vonnis veroordeelden verkooper vertegenwoordigd werd, maar omdat hij in de plaats is getreden van den veroordeelden verkooper en dezen in dien zin gezegd kan worden te vertegenwoordigen. Partij in 't geding moet geweest zijn hij, dien de derde, die als zoodanig tegen het vonnis in verzet wilde komen, vertegenwoordigt; daarom wordt hem dan de bevoegdheid tot het verzet door derden ontzegd. „Ceux qu'elle (d. i. de partij die in verzet zou willen komen) représente, art. 474 C. de pr. En wij zullen wèl doen met ook bij de woorden van onze wet: „zij, welke zij vertegenwoordigen" wel aan de vertegenwoordiging van rechtsvoorgangers door rechtsopvolgers te denken, maar bij het „wettiglijk vertegenwoordigd" de gedachte aan eene vertegenwoordiging van rechtsopvolgers door hunne voorgangers, wat een onding is, buiten te sluiten. Het blijft met dat al van belang om niet alleen zich aan de juiste beteekenis van vertegenwoordiging door rechtsopvolging te houden, maar ook onderscheid te maken tusschen de vertegenwoordiging krachtens de wet of overeenkomst en de vertegenwoording van een rechtsopvolger. Bij de eerste is de vertegenwoordigde rechtens partij en geldt de kracht van het vonnis daarom even goed tegen hem nu hij door een vertegenwoordiger optrad, als wanneer hij zelf in persoon ware opgetreden; bij eene vertegenwoordiging door rechtsopvolging is dit inderdaad anders, al komt het in effecte veelal op hetzelfde neer. Want wanneer men een vonnis verbindend verklaart voor de erfgenamen omdat hun erflater partij in het geding was en zij dezen vertegenwoordigen, dan is dit niet omdat zij door hun erflater partij waren in het geding. Ieder gevoelt de enormiteit van de fictie. Maar het is omdat zij op niets anders aanspraak kunnen maken dan op het recht of de rechtsbetrekking, zooals die door hun erflater werd nagelaten of ontruimd en dus op het recht of de rechtsbetrekking in den toestand waarin die door het vonnis met hun erflater gewezen, werd gebracht. De werking van het vonnis tegen de erfgenamen berust niet daarop dat de erfgenamen partij waren in het geding omdat hun erflater daarin partij is geweest, wat niet

waar is, maar hierop dat het vonnis, mede door den erflater uitgelokt, het gevolg is van eene beschikking over zijn vermogen en als iedere andere beschikking voor de erfgenamen gevolg heeft. En zoo is het ook met de rechtsopvolgers onder bijzonderen titel. Zoo kon de wetgever in art. 1954 B. W. de kracht van het gewijsde met volkomen recht afhankelijk daarvan maken, dat de partijen dezelfde zijn en had hij daar van erfgenamen of rechtverkrijgenden niet te spreken. Voor den rechtsvoorganger die in het geding stond, werkt het vonnis omdat hij dit van den rechter heeft gevraagd; voor den rechtsopvolger, omdat hij het recht en de rechtsbetrekking overneemt zooals die door het vonnis voor zijn voorganger was bepaald. Het gebrek aan die onderscheiding waarop ik wees treft men ook bij de fransche schrijvers en in de fransche jurisprudentie veelvuldig aan en daaruit is veel verwarring en nuttelooze strijd ontstaan. Wanneer zij in het kort willen samenvatten wie als derden zijn uitgesloten van het derde verzet, dan drukken zij dit zoo uit: „qu'on n'a été ni partie ni représenté." En dan wordt van het tweede punt „il faut n'avoir pas été représenté" met name bij TISSIER n°. 95 het volgende gezegd: „On peut avoir été représenté à un jugement et être lié par lui, soit parce qu'on tient ses droits d'une personne, qui y a figuré, soit qu'on a donné à cette personne un mandat conventionnel ou qu'elle était investie d'un mandat judiciaire ou légal" Tweeerlei fout. Men brengt 1°. onder het être représenté: *a.* de werkelijke vertegenwoordiging, waardoor de vertegenwoordigde voor wien gehandeld wordt niet anders is dan partij in het geding, zij het dan eene vertegenwoordigde partij; en *b.* de vertegenwoordiging door in de plaats treding, in welk geval de vertegenwoordigde wel partij is geweest maar de vertegenwoordiger derde is en dan uitgesloten wordt „parce qu'il tient ses droits d'une personne qui y a figuré." 2°. Om beide die verkeerdelijk saamgebrachte vertegenwoordigingen onder één hoofd te brengen maakt men den rechtsvoorganger die in 't geding stond tot den vertegenwoordiger van zijn opvolger, terwijl de wet in dit geval den derde uitsluit, omdat hij als rechtsopvolger vertegenwoordigt den rechtsvoorganger die het geding voerde, dewijl hij in diens plaats is getreden. En zoo wordt ook weder in tweeërlei opzicht onjuist wat TISSIER n°. 120 zegt: „En dehors de la représentation, par suite de l'idée de succession à titre universel ou particulier ou par suite de l'idée de mandat, la règle de l'effet de la chose jugée reprend toute son appli-

cation". Want vooreerst ligt noch in de werking van het vonnis tegen rechtsopvolgers, noch in 't geval van lastgeving eene afwijking van den regel betreffende de betrekkelijke kracht der vonnissen, ten tweede stelt hij ook hier ten onrechte de rechtsopvolging en de lastgeving op ééne lijn. De door een lastgever vertegenwoordigde partij is zelve partij en daarbij behoudt de regel betreffende het gevolg van het rechterlijk gewijsde zijn volle kracht; de rechtsopvolger is geen partij in het geding geweest, hij is en blijft tegenover dat geding derde. Maar dewijl het vonnis het recht van den voorganger bepaalt en de opvolger het recht verkrijgt zooals zijn voorganger dit had, werkt het middellijk tegen hem. Wij hebben hier met een nader gevolg van de werking van het vonnis tegen de partij zelve te doen, niet met eene afwijking van den regel, al werkt het middellijk tegen een derde. Tegen partijen werkt het vonnis als bindende uitspraak van den rechter, tegen rechtsopvolgers als zijnde het gevolg van eene beschikking des rechtsvoorgangers over het op den opvolger overgegane recht. De verwaarloozing van het „qui bene distinguit, bene docet" mist ook hier haar gevolg niet. Houdt men zich aan de woorden van de wet die met haar „ni ceux qu'elle représente" eenig en alleen als derde uitsluit hem die de rechtsopvolger is van eene der partijen die zijn rechtsvoorganger was en omdat zij dat was, dan voorkomt men de uitbreiding welke aan de uit zich zelve zoo rekkelijke beteekenis van vertegenwoordiging kan worden gegeven. In vele gevallen kan men dan een derde als in 't proces vertegenwoordigd gaan beschouwen. TISSIER deed dit niet. Hij beperkte het „il faut n'avoir pas été représenté" tot de rechtsopvolging, behalve de daartoe verkeerdelijk gebrachte vertegenwoordiging, maar hij sloot de rechtsopvolgers uit op grond niet dat zij vertegenwoordigers waren van een der partijen, maar door deze vertegenwoordigd zouden zijn en nu ontbrak het hem aan een deugdelijk argument tegen schrijvers en jurisprudentie, die in allerlei gevallen eene vertegenwoordiging van den derde door een der partijen konden vinden.

Wanneer ik het algemeen ook door de wet gehuldigd spraakgebruik volgende, de opvolgers onder bijzonderen titel rechtverkrijgenden noem, dan sluit deze benaming niet uit dat die opvolging niet minder de opvolging in een verplichting dan die in een recht beteekent. Men zie bijv. art. 43 K. waar rechthebbende niet anders dan opvolger in verplichting kan bedoelen en uit VOORDUIN's aant. op dat

artikel kan men zien dat de wetgever des bewust toch van rechtverkrijger sprak. Niettegenstaande dat art. 474 C. de pr. grond genoeg gaf om, naar aanleiding van het „ceux qu'elle représente" alleen te vragen, of hij die als derde zich verzetten wilde een der partijen vertegenwoordigt als in hare rechten opgevolgd, hebben de uitleggers steeds de vraag gesteld, of eene der partijen geacht kon worden den derde te hebben vertegenwoordigd, wat niet anders dan tot misverstand aanleiding kan geven, omdat daarbij van de veronderstelling wordt uitgegaan, dat een rechtsvoorganger zijne opvolgers zou kunnen vertegenwoordigen, wat, dewijl de vertegenwoordiging hierbij in den zin van opvolging, in de plaats treding, moet worden verstaan, onzin is. Zoo leert bijv. GARSONNET p. 761, 4⁰. zeer terecht, dat de erfgenamen niet in derde verzet kunnen komen tegen een vonnis waarin hun erflater partij was, maar de reden die hij daarvoor opgeeft is niet juist. „Les héritiers et autres successeurs universels ont éte représentés par leur auteur au jugement des procès intentés par ou contre lui." De erflater vertegenwoordigt zijn erfgenamen niet, maar dat is hier ook de vraag niet. Het is de vraag, of hij dien de erfgenamen vertegenwoordigen, partij in het proces was en dat doen de erfgenamen zeker hun erflater als opvolgers in diens rechten en rechtsbetrekkingen en daarom zijn zij van het derde verzet uitgesloten. En wat de rechtverkrijgenden onder bijzonderen titel betreft, zoo zegt dezelfde schrijver zeer terecht p. 762 nº. 5: „si leur titre est postérieur à ce jugement ils n'ont pu acquérir que les droits qu'il (leur auteur) avait encore à ce moment." Want, wanneer bijv. de eigenaar met de opvordering van de zaak tegenover een bezitter in het ongelijk werd gesteld, kan hij zijn beweerd eigendomsrecht tegenover dien bezitter niet meer handhaven en wanneer hij in die omstandigheden den eigendom der zaak overdraagt, kan hij dit aan zijn opvolger niet anders doen dan met de uit het gewijsde ontstaande beperking zijner handhaving tegen dien bezitter. De verkrijger, die den rechtsvoorganger vertegenwoordigt als in diens rechten getreden en daardoor middellijk gebonden door het tegen dezen gewezen vonnis, verg. Dl. II, bl. 291, moet met een derde verzet worden afgewezen, omdat degene dien hij vertegenwoordigt partij was in het geding. GARSONNET laat evenwel als reden van zijne uitsluiting op de straks aangehaalde woorden volgen: „il (l'auteur des successeurs particuliers) les a représentés au procès et leur tierce opposition n'est pas recevable."

Had daarentegen de verkrijging plaats vóór dat het vonnis werd gewezen, dan kan de verkrijger niet gezegd worden opgevolgd te zijn in het recht, zooals het door het vonnis werd beperkt; zijn voorganger beschikte door de procesvoering over eene zaak die hem niet meer toebehoorde en in welker toestand hij tegenover den verkrijger geen verandering mocht brengen. Dan vertegenwoordigt de verkrijger zijn voorganger die het proces voerde niet, omdat hij nu zijn opvolger niet is met betrekking tot de zaak in den toestand door het vonnis bepaald. Op zijne verhouding van derde tot het vonnis in het gevoerd geding wordt nu door de beschikking van den procesvoerende geen invloed uitgeoefend. Verg. GARSONNET p. 762, 5, die hier eene juiste beslissing geeft. Evenzoo TISSIER n°. 101—105, maar deze laatste stelt hier ook weer verkeerdelijk de vraag aldus: „L'acquéreur est il représenté au jugement rendu contre son auteur, qui a seul continué l'instance?" in de plaats van te vragen, of de verkrijger hier een vertegenwoordiger van den vorigen eigenaar kan heeten omdat art. 476 C. de pr. hem verkrijger eerst in dàt geval van het derde verzet uitsluit. De vraag of de rechtsverkrijger vertegenwoordigd is geweest door zijn voorganger is in rechtskundigen zin geen vraag, en ware zij het, zij deed hier niet af, omdat de wetgever van hare beantwoording de toepassing der wet niet afhankelijk maakt.

Maakt het al in deze gevallen geen verschil, hoe de vraag gesteld wordt omdat men toch dezelfde uitkomst verkrijgt, het lijdt geen twijfel, of desniettemin de vraag juist gesteld moet worden, zoolang het waar blijft „qu'une question bien posée est à moitié résolue." Duidelijk komt dit uit, wanneer GARSONNET bl. 763, 6°. in onmiddellijke aansluiting aan de straks gestelde vraag, deze andere vastknoopt, of ook het omgekeerde waar is en dan laat volgen: „Le successeur particulier qui plaide et succombe sur la propriété de l'objet par lui acquis représente-t-il l'auteur duquel il le tient, ou bien celui-ci a-t-il le droit de faire tierce opposition au jugement rendu contre son successeur particulier?" De vraag komt neer op deze andere; of de niet in vrijwaring opgeroepen verkooper tegen het vonnis dat den kooper tot ontruiming veroordeelde, in derde verzet zou kunnen komen. Stelt men de vraag zooals het behoort, of nl. den verkooper zou kunnen worden tegengeworpen, dat degene dien hij vertegenwoordigt in het proces is opgetreden, dan is de ontkennende beantwoording buiten twijfel omdat een voorganger zijn opvolger niet vertegenwoor-

digen kan. Nu geeft de slecht gestelde vraag, tot welker ontkennende beantwoording men komen wil, tot nog meer ketterijen aanleiding. Immers niet anders dan eene ketterij kan ik althans zien in hetgeen GARSONNET schrijft: „D'une part on représente la personne à qui l'on n'a pu conférer plus de droits qu'on n'en a soi-même, (waar gelijk ik hierboven aanwees de vertegenwoordiging eene juridieke onmogelijkheid is), mais non pas celle dont on tient ses droits et qui peut en avoir plus qu'elle n'a pas transmis.'' Vooreerst kan de vertegenwoordiging krachtens rechtsoverdracht en rechtsverkrijging alleen in een in de plaats treding bestaan en vertegenwoordigt men dus juist dengene aan wien men zijne rechten ontleent; ten anderen doet het niet af, of de auteur nog meer rechten kan hebben die hij niet overdroeg, want er kan nooit anders van opvolging sprake zijn dan in de rechten die werkelijk werden overgedragen. De niet in vrijwaring geroepen verkooper is als zoodanig dus stellig als derde in het derde verzet ontvankelijk, want hij was geen partij in het geding en is ook niet de vertegenwoordiger van eene der partijen met name niet van den gedaagden kooper in wiens rechten hij zeker niet is getreden. Het blijft alleen de vraag, of hij kan beweren door het vonnis dat den kooper tot ontruiming of oplevering veroordeelde, in zijn rechten te zijn benadeeld. Hierover later.

Wordt alleen hij die in de rechten getreden is van eene der partijen, al was hij geen partij in het geding waarin zijn voorganger betrokken was, van het derde verzet tegen het gewezen vonnis uitgesloten, dan wordt het derde verzet zeker niet aan den verhuurder ontzegd, die niet geroepen werd in een geding over de zaak zelve tegen zijn huurder gevoerd. Art. 1594 B.W. wijst duidelijk genoeg aan dat de huurder den verhuurder niet vertegenwoordigt, wat trouwens ook de vraag niet is, maar ook de verhuurder die in derde verzet kwam, kan niet gezegd worden een vertegenwoordiger van den huurder te zijn. Toch zou men die hoedanigheid nog wel uit de verhouding van huurder tot verhuurder kunnen afleiden, indien men zich bij die vertegenwoordiging niet strikt hield aan de beteekenis die daaraan hier alleen maar mag worden toegekend, nl. die van opvolging in het recht van een ander.

Ook bij de vraag, of de persoonlijke schuldeischers van den schuldenaar zich als derden zouden kunnen verzetten tegen een tegen hun schuldenaar gewezen vonnis, grondt GARSONNET p. 764 8º. de

overigens volkomen juiste ontkennende beantwoording op het volkomen onjuiste argument dat „le débiteur ne cesse de les représenter". Hoe wil de schuldenaar die immers, niettegenstaande zijne schulden, de vrije beschikking over zijn vermogen behoudt, bij die handelingen zijne schuldeischers vertegenwoordigen? Omdat die schuldeischers met die handelingen — immers als zij niet zijn aangegaan ter opzettelijke verkorting van hunne rechten, waarover hier geen kwestie is — vrede moeten hebben? Maar hoe ver strekt zich dan het begrip van vertegenwoordiging niet uit? Intusschen, al kon men aannemen dat de schuldenaar de schuldeischers vertegenwoordigde, dat is hier de vraag niet. Buiten de gevallen van wettelijke of conventioneele vertegenwoordiging waarmede we hier niet te doen hebben, sluit de wet niet uit hen die door een der partijen vertegenwoordigd zijn geweest in het geding, maar hen die een der partijen vertegenwoordigen door in hunne rechten te zijn opgevolgd. De vraag is dus: zijn de schuldeischers rechtsopvolgers van den schuldenaar? Zeker kunnen ze dat zijn als ze onder het fransche recht van de hun in art. 1166 C. C. toegekende bevoegdheid gebruik maken en ook bij ons, indien zij tot verhaal van hunne schuldvorderingen het hun op des schuldenaars goederen toegekende recht van verhaal uitoefenen. Maar dat doen zij toch niet, wanneer zij zich verzetten tegen een vonnis gewezen tegen hun schuldenaar in een geding door dezen krachtens hem toekomende volkomen vrije beschikking over zijne goederen gevoerd. En als TISSIER n⁰. 97 hen van het derde verzet tegen zoodanig vonnis uitsluit op grond dat hun toestand zou zijn „quelque peu analogue, au point de vue de la chose jugée, à celle des ayants cause à titre universel", dan blijkt daaruit ook weer een duidelijk streven om hen op grond van eene vertegenwoordiging van het derde verzet uit te sluiten. De analogie met erfgenamen is evenwel ver te zoeken; zelfs dat „quelque peu" kan ik niet aannemen; want de erfgenamen worden uitgesloten omdat zij den erflater vertegenwoordigen als zijne r e c h t s o p v o l g e r s zijnde; de schuldeischers zijn dat in het verondersteld geval zoo weinig als eene rechtsopvolging onbestaanbaar is in goederen waaromtrent voor de schuldeischers eene rechtsopvolging slechts kan ontstaan zoolang de schuldenaar er niet over beschikte. En dat er hier eene zoodanige volkomen gerechtigde beschikking heeft plaats gehad, kan niemand ontkennen. De schuldeischers vertegenwoordigen dus den schuldenaar niet en werden niet door hem vertegenwoordigd in het

geding. Zij zijn dus derden en als zoodanig van het verzet niet uitgesloten. Maar toch zal hun het derde verzet ontzegd moeten worden, omdat zij geen grond hebben om te beweren dat het vonnis hunne rechten benadeelt. En dan is het ook niet juist om met TISSIER t. a. p. te zeggen: „Les jugements contre ce débiteur leur sont opposables" (aux créanciers), want al is het op zich zelf waar, het is een gevolg van de onjuiste gedachte dat die schuldeischers op een of andere wijze in het geding betrokken zouden zijn geweest. Het ware is, dat de vonnissen tegen den schuldenaar gewezen hun niet aangaan, want zij zijn derden en die vonnissen benadeelen hen niet. In geenerlei opzicht ging de schuldenaar buiten zijn rechtskring en trad hij ook niet in dien der schuldeischers.

Uit welk oogpunt men nu deze vraag beschouwe, men komt altijd tot hetzelfde resultaat. Algemeen wordt dan ook het verzet door derden aan de schuldeischers ontzegd. Men maakt evenwel uitzonderingen. Men geeft niet toe dat de schuldeischers geen derde verzet zouden hebben tegen een vonnis, waarbij aan een hunner een voorrang voor zijne schuldvordering wordt toegekend. De voorrang, dus redeneert men, is een zaak tusschen de schuldeischers en bij de toekenning daarvan kan de schuldenaar hen dus niet vertegenwoordigen. Dus GARSONNET t. a. p. met beroep op de jurisprudentie en het gevoelen van DEMOLOMBE XXXI, n°. 358 en dat van CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1714. TISSIER denkt er anders over. Bewerende dat ook in dit geval de schuldeischers door den schuldenaar vertegenwoordigd werden, geeft hij daarvoor dit merkwaardig argument. „Le débiteur qui peut compromettre les droits de ses créanciers chirographaires par une obligation quelconque à laquelle il peut attacher telles garanties qu'il lui plaît, peut les diminuer aussi par l'effet d'un jugement aboutissant au même résultat." Met andere woorden dus: de schuldeischers hebben geen derde verzet omdat zij niet zijn benadeeld. Waar blijft het bewijs dat de schuldenaar de schuldeischers vertegenwoordigde?

En zoo volgt ook van zelf de beantwoording van de vraag, of de schuldeischers het recht zullen hebben om in verzet te komen tegen een vonnis dat tegen den schuldenaar werd gewezen, nadat er beslag was gelegd op zijn goed of nadat hij in staat van faillissement mocht zijn verklaard, uit de beantwoording van deze andere, of de schuldenaar, door het beslag of de faillietverklaring de bevoegdheid om het goed te vervreemden of zelfstandig handelend op te treden,

had verloren. En terwijl dit geval is, zullen de schuldeischers èn als derden ten aanzien van het door den schuldenaar gevoerd geding èn omdat het vonnis hunne rechten kan benadeelen, in derde verzet kunnen komen. Maar het is hier geene uitzondering op den regel dat de schuldenaar zijne schuldeischers vertegenwoordigt en geheel ten onrechte brengt GARSONNET t. a. p. de kwestie hierop terug: „Il s'agit seulement de savoir à quel moment le saisi cesse de représenter ses créanciers." Weinig in overeenstemming daarmede is de reden, die de schrijver voor het ophouden der vertegenwoordiging aangeeft, als hij zegt: „car le failli perd le droit d'agir en justice et le saisi celui de procéder sur la propriété de l'objet saisi." Al is dit juist, het heeft met de vertegenwoordiging niets te maken. Verg. TISSIER n°. 98.

Met dit alles ontken ik niet dat er gevallen kunnen zijn waarin een schuldeischer, zelfs een hypothekaire schuldeischer, als vertegenwoordiger van zijn schuldenaar optreedt. Zoo zal de schuldeischer, als hij beslag legt op het goed van zijn schuldenaar, als diens rechtsopvolger gebonden zijn door een vonnis vóór dat beslag ten aanzien van het goed tegen den schuldenaar gewezen. Zoo de hypothekaire schuldeischer door vonnissen vóór het vestigen van zijn hypotheek ten aanzien van het goed gewezen.

Ook oefenen de crediteuren in een faillissement de rechten des schuldenaars uit of treden zij, waar zij de goederen des boedels te gelde maken, als de opvolgers, in de rechten des schuldenaars ten aanzien van die goederen op. Treden zij daarbij door tusschenkomst van den curator op, dan is deze hun aller wettelijke vertegenwoordiger en zijn zij door hem partij in gedingen door den curator gevoerd. Die vertegenwoordiging van den curator is dan evenwel eene wettelijke vertegenwoordiging; door den curator aan wien de uitoefening der rechten van de schuldeischers is opgedragen zijn deze allen partij in het door den curator gevoerde geding. Hof Groningen 2 Oct. 1840, geciteerd bij OUDEMAN I, bl. 46 n°. 2. Hof 's Gravenhage 17 Febr. 1897, W. 6920.

Wordt het zoo niet duidelijk dat de beslissing der vraag, of de schuldeischers derde verzet hebben, inderdaad afhankelijk wordt geacht van de beantwoording der vraag of zij benadeeld zijn en dat de vertegenwoordiging maar gebruikt wordt om tot het besluit te komen dat men als rechtvaardig vooropstelt? dat men die vertegenwoordiging veel verder uitbreidt dan de wet die in art. 474 (ons

art. 376) aanneemt, om op die wijze de schuldeischers als al of niet in 't geding betrokken te beschouwen alsof alleen daarvan het derde verzet afhankelijk ware gemaakt? Het is inderdaad alsof men uit de omstandigheid dat soms de schuldeischers den schuldenaar als diens rechtsopvolgers (ayants cause) kunnen vertegenwoordigen, afleidt dat zij in den regel door den schuldenaar vertegenwoordigd worden. Het is duidelijk dat de logica in meer dan één opzicht bij deze redeneering op reis is.

Had men de vraag niet verkeerd gesteld en was men daardoor niet uitgegaan van de voorstelling dat de schuldenaar de schuldeischers vertegenwoordigt — men zou er niet zoo licht toe gekomen zijn om den schuldenaar ook als den vertegenwoordiger van de hypothekaire schuldeischers voor te stellen en aan dezen op dien grond eveneens het recht van derde verzet te ontzeggen tegen een vonnis gewezen over den eigendom van het gehypothekeerde goed in een door den schuldenaar gevoerd geding, welk gevoelen in Frankrijk als vaststaande jurisprudentie kan beschouwd worden, terwijl van de schrijvers Larombière de eenige is die nog een ander gevoelen verdedigt, Garsonnet p. 765 8°. er in berust en Tissier n°. 110 het wel bestrijdt, maar van zijne bestrijding weinig verwacht, ook niettegenstaande hij enkele arresten en daarbij een uitmuntend arrest van het hof van Nancy, waarvan hij, bl. 184, de motieven mededeelt, vóór zijne meening kan aanvoeren. Het is inderdaad heel eenvoudig als men eens aanneemt dat de schuldenaar zijne persoonlijke schuldeischers vertegenwoordigt, dit ook maar ten aanzien van de hypothekaire aan te nemen. Zij ontleenen immers hun recht van hypotheek aan den schuldenaar en zijn alzoo inderdaad zijne „ayants cause"! Men kan hen dan zelfs als rechtsopvolgers beschouwen en alzoo er zelfs toe komen om hen van het derde verzet uit te sluiten omdat hun rechtsvoorganger, dien zij vertegenwoordigen, in het geding partij was. Maar dan zou men ook hebben ingezien dat, al is de hypothekaire schuldeischer, wat betreft het recht van hypotheek, dat hij aan den schuldenaar ontleent, diens rechtverkrijgende, het goed door de hypotheek in zoover aan de beschikking van den schuldenaar is onttrokken, dat deze niets mag doen waardoor de waarde van het goed wordt verminderd. Arg. art. 1251 B. W. (art. 2175 C. C.) De hypothekaire schuldeischer heeft alzoo een tegenover den eigendom der zaak zelfstandig recht waarop de schuldenaar geen inbreuk maken mag. En zoo kan deze ook, bij handelingen in strijd

met des hypothekairen schuldeischers recht verricht, niet geacht worden den schuldeischer te vertegenwoordigen, indien dit hier al iets kon afdoen. Maar ook van den hyp. schuldeischer, voor zoover hij rechtsopvolger van den schuldenaar is, kan niet gezegd worden dat zijn rechtsvoorganger in het geding partij was omdat deze, voor zoover hij daardoor in strijd met het door hem verleende recht van hypotheek handelde, niet als rechtsvoorganger van den schuldeischer het geding voerde. De hypothekaire schuldeischer is derhalve derde en dewijl hij in zijn recht benadeeld kan zijn, indien de eigenaar zijn rechtskring overschrijdende inbreuk op het ook door den eigenaar te eerbiedigen recht van hypotheek maakte, moet hem het recht van derde verzet worden toegekend.

Nog altijd bestaat bij de fransche schrijvers en in de fransche jurisprudentie verschil van gevoelen over de vraag, of eene vertegenwoordiging in rechte moet worden aangenomen tengevolge van eene gemeenschap van belangen bij hoofdelijke schuldeischers, hoofdelijke schuldenaren, bij schuldenaar en borg, bij medeëigenaren en medeërfgenamen.

Tissier wil alleen, gelijk wij zagen, van een vertegenwoordiging weten krachtens rechtsopvolging of waar men aan lastgeving kan denken. Eene vertegenwoordiging krachtens gemeenschappelijk belang erkent hij niet. En dan acht hij de betrekkelijke kracht van het gewijsde te berusten op een zoo dringend beginsel van rechtvaardigheid, dat daarvan alleen op grond van uitdrukkelijke bepalingen mag worden afgeweken, terwijl deze z. i. niet bestaan dan in de aangewezen gevallen van rechtsopvolging en mandaat (n° 120). Tegen dit laatste heb ik tweeërlei bedenking. 1°. Verliest Tissier uit het oog dat bij de betrekkelijke kracht van het gewijsde het zwaartepunt daarin ligt dat het gewijsde recht is en dat de beperking tot partijen het gevolg daarvan is dat de uitspraak des rechters alleen door de partijen en te hunnen behoeve is gevraagd. Dit neemt evenwel niet weg dat de rechtstoestand of de rechtsbetrekking die het vonnis erkent, ook op de verhouding van eene der partijen tot een derde invloed kan hebben, wanneer bijv. over den rechtstoestand of rechtsbetrekking alleen tusschen die partijen kan worden uitspraak gedaan, of wanneer, gelijk wij reeds zagen, in het vonnis eene beschikking ligt over een recht dat dientengevolge alleen in den door het vonnis erkenden toestand kan worden overgedragen. 2°. ben ik van oordeel dat, behalve het geval van vertegenwoordiging krachtens de wet of

overeenkomst, het alleen de vraag kan zijn, of men hem die zich als derde wil verzetten, kan tegenwerpen dat degenen die hij vertegenwoordigt in het geding partij zijn geweest. Nu zal van een medeëigenaar, een medeërfgenaam, een hoofdelijken schuldenaar of schuldeischer, wel nooit kunnen gezegd worden, dat hij vertegenwoordiger is van zijne medeëigenaren, medeërfgenamen, medeschuldeischers of medeschuldenaren die in het geding zijn opgetreden. Het denkbeeld van vertegenwoordiging heeft alleen kunnen opkomen met opzicht tot een medeëigenaar, enz. die in het geding stond en daar geacht moet worden voor 't gemeenschappelijk belang zijner medeeigenaren, enz. die niet in 't geding waren, op te komen en op deze wijze dezen te vertegenwoordigen. Zoo kan men wel zeggen dat een medeëigenaar, die voor het gemeenschappelijk erf tot vestiging van een erfdienstbaarheid procedeert tegen den eigenaar van het naburig erf, die zich verbond om bijv. een recht van overgang op nader aan te wijzen plaats op zijn erf toe te staan, zijne medeëigenaren daarbij vertegenwoordigt, naar aanleiding van art. 749 B. W., maar rechtskundig is het even onjuist daarbij van vertegenwoordiging te spreken, als dat men de bevoegdheid van een medeëigenaar ontkent om alleen over eene op 't gemeenschappelijk erf te vestigen erfdienstbaarheid te procedeeren, omdat hij daarbij zijne medeëigenaren niet vertegenwoordigt. Maar van eene uitsluiting van het derde verzet, hetwelk in dit laatste geval zou kunnen te pas komen op grond van zoodanige vertegenwoordiging weet het art. 474 C. de pr. evenmin als art. 376 van ons wetboek. Van eene vertegenwoordiging op grond van gemeenschappelijk belang kan geen sprake zijn en of de aangeduide medeëigenaren, enz. van het derde verzet zijn uitgesloten, kan alleen afhankelijk zijn van den invloed dien uit den aard van hun recht of rechtsbetrekking de procesvoering van den een op den rechtstoestand van de anderen mag hebben. Staat hun recht of hunne verplichting onder den invloed van het vonnis in het door hun medegerechtigde of medeverbondene gevoerd geding gewezen, dan blijven zij ten aanzien van het gevoerde geding en het daarin gewezen vonnis derden. Als derden kan hun het recht van derde verzet niet worden ontzegd, omdat zij niet vertegenwoordigen hunnen medegerechtigde of medeverbondene die in het geding optrad. Maar kunnen zij beweren benadeeld te zijn in hun recht? Van de beantwoording van die vraag zal het ten slotte afhangen of zij in het derde verzet zullen triomfeeren.

Wanneer dan een van de hoofdelijke schuldeischers, gebruik makende van het hem toekomend recht om de geheele schuld te eischen (art. 1314 B. W.) in deze zijne vordering in het ongelijk wordt gesteld op grond dat de schuld niet is ontstaan of wel dat zij is teniet gegaan, anders dan door kwijtschelding (art. 1315 B. W.), dan bestaat de schuld ook tegenover de andere schuldeischers niet meer. Uit de bevoegdheid aan ieder schuldeischer toegekend om de voldoening van de geheele schuld te eischen in dier voege [lees: met dien verstande] dat de betaling aan een hunner gedaan, den schuldenaar bevrijdt, vloeit voort dat ieder schuldeischer over het bestaan of voortbestaan der schuld tegenover den schuldenaar beschikt. Wanneer nu bij een vonnis tusschen den schuldenaar en een der schuldeischers gewezen is uitgemaakt dat de schuld is betaald, zou dan de schuldenaar, door een ander van de schuldeischers aangesproken, zich niet op dat vonnis kunnen beroepen? Dat lijdt bij mij geen twijfel. Want als die andere schuldeischer tegenwierp dat het gewijsde tegen hem niet zou gelden, omdat hij geen partij in het geding was, dan antwoordt de schuldenaar terecht: daarin hebt gij gelijk, maar door het vonnis is uitgemaakt dat de schuld tegenover uwen medeschuldeischer niet bestaat; daaruit volgt voor mij bevrijding tegenover hem, en volgens art. 1314 B. W. ook tegenover u. Het zou toch ook al heel zonderling wezen dat de tweede schuldeischer zijn recht tegen den schuldenaar zou moeten opgeven, wanneer deze hem een door een ander schuldeischer afgegeven bewijs van betaling vertoonde, en niet wanneer de opheffing der schuld bij vonnis was uitgemaakt. Wanneer men de hier besproken vraag van het al of niet bestaan van eene vertegenwoordiging wil afhankelijk maken, dan zal men moeilijk kunnen beweren dat de tweede schuldeischer zou moeten worden afgewezen omdat degene dien hij vertegenwoordigt in het geding zou hebben gestaan, want 't zou moeilijk zijn aan te nemen, dat die tweede schuldeischer als opvolger van den onvoldanen medeschuldeischer, en hem in dien zin vertegenwoordigende, optrad. Als daarbij evenwel, gelijk de Franschen plegen te doen, gevraagd wordt, of de in het geding opgetreden schuldeischer zijne medeschuldeischers vertegenwoordigde en dus de tweede nu optredende in het geding is vertegenwoordigd geweest, dan kan men daarbij zich beroepen op de voorstelling, welke bij de vaststelling van art. 1198 C. C. gegeven werd van de verhouding tusschen de hoofdelijke schuldeischers, als zou de een als lasthebber van den

ander moeten worden beschouwd. Op grond daarvan werd dan aan een hunner de bevoegdheid ontzegd om voor meer dan zijn aandeel van de schuld kwijt te schelden, art. 1315, waarvan weder toepassing wordt gemaakt bij de dading, art. 1894 en bij den eed art. 1975 § 1. Daaruit moge nu volgen, dat den hoofdelijken schuldeischer evenmin als een lasthebber de hem hier ontzegde bevoegdheid toekomt, dat de eene schuldeischer werkelijk lasthebber van den anderen zou zijn, volgt daaruit allerminst. Het gaat in het geheel niet aan eene lastgeving aan te nemen, waar de wetgever in art. 1314 aan ieder schuldeischer zelfstandig de bevoegdheid toekent om de schuld te vorderen en daardoor voor zich het dwangmiddel tot betaling tegen den schuldenaar te verkrijgen. Dit zijn de redenen waarom ik hier geen zoodanige vertegenwoordiging aanneem, als naar de bepaling van art. 376 het derde verzet uitsluit. Neen, de medeschuldeischer is derde. Dan vervalt de twist over de vraag, of de schuldeischer die in het geding optrad zijne medeschuldeischers vertegenwoordigde, welke TISSIER n°. 122 ontkennend, anderen bevestigend beantwoorden. De vraag blijft alleen: mag de medeschuldeischer, die aan het geding geen deel nam, beweren door het vonnis benadeeld te zijn? En deze vraag moet ontkennend beantwoord worden, en op dien grond kan het derde verzet worden geweigerd. Want de schuldeischer die geen partij was in het geding, kan zich niet beklagen in zijn recht benadeeld te zijn. Aan dat nadeel was zijn recht naar zijn aard onderworpen; het vloeit uit den aard van dat recht, niet uit het vonnis voort. Formeel blijve dit voor hem een „res inter alios acta", den materiëelen invloed dien het op zijn recht heeft kan de schuldeischer niet ontgaan. Ware evenwel het vonnis door overleg tusschen schuldeischer en schuldenaar verkregen, hadde hier collusie of conniventie of zelfs een grof verzuim in de handhaving van zijn recht door den schuldeischer plaats gehad, ware alzoo het vonnis het middel tot benadeeling der overige schuldeischers, zij zouden op dien grond van het derde verzet kunnen gebruik maken.

Gelijke redenen leiden mij tot het besluit, dat ook ten aanzien van het tusschen den schuldeischer en een zijner hoofdelijke schuldenaren gewezen vonnis, waarbij deze tot betaling wordt veroordeeld, de andere schuldenaren derden zijn, zoodat hun als zoodanig het middel van derde verzet tegen dat vonnis zou kunnen toekomen, als waren zij in het geding geen partij. Nog minder zouden zij

kunnen worden afgewezen op grond dat daarin partij was degene dien zij vertegenwoordigen. De schuldeischer ontleent aan de hoofdelijkheid der verbintenis het recht om diengenen der schuldenaren tot betaling aan te spreken welken hij verkiest, en derhalve met dengene welken hij verkiest het bestaan of niet bestaan der schuld te doen uitmaken. En terwijl de verbintenis, indien zij voor één bestaat, voor allen bestaat, en voor één te niet gegaan voor allen is te niet gegaan (arg. art. 1316), zoo moet ook het vonnis dat waarheid is voor den een, dit ook zijn voor den ander. Uitzondering is alleen aan te nemen, als de eene schuldenaar op eene andere wijze zich verbonden heeft als de andere (art. 1317) en de een dientengevolge of om andere redenen hem persoonlijk eigen verdedigingsmiddelen tegen de vordering had in te brengen. Zou nu, buiten deze laatste gevallen, een medeschuldenaar tot betaling van zijn deel aangesproken, op een door dezen tot bewijs van de voldoening der schuld overgelegde kwijting van den schuldeischer, moeten betalen, en de voldoening krachtens een vonnis kunnen tegenspreken, op grond dat dat vonnis als tusschen andere partijen gewezen hem niet aanging?

De fransche jurisprudentie neemt meest algemeen de vertegenwoordiging aan. Maar ook hier is het wederom naar de wet de vraag niet, of de in het geding opgetreden schuldenaar de anderen vertegenwoordigt of niet, daar van lastgeving of zaakwaarneming buiten last geen sprake kan zijn, maar of de derde medeschuldenaar, die buiten het geding bleef, gezegd kan worden de rechtsopvolger van den schuldenaar te zijn die in het geding werd betrokken. Uit dit oogpunt is hij m. i. ook alweer derde en zou als zoodanig ontvankelijk kunnen zijn in het derde verzet, wat TISSIER zonder restrictie toelaat, doch wat m. i. afhankelijk is van die andere vraag, of hij beweren kan door het vonnis in zijne rechten te zijn benadeeld. Zie de uitspraken bij TISSIER t. a. p.

Wat den borg betreft, te zijnen aanzien pleegt aangenomen te worden dat hij in het tegen den hoofdschnldenaar gevoerd geding vertegenwoordigd werd door dezen, omdat zijne verbintenis eene bijkomende verbintenis is en haar lot van de hoofdverbintenis afhankelijk is. Ook hier acht ik de vertegenwoordiging „pour le besoin de la cause" aangenomen en erken ik haar evenmin als in de andere gevallen. Maar ik vraag, indien de hoofdverbintenis als iedere andere eene betrekking is tusschen schuldeischer en schuldenaar,

tegen wie anders dan tusschen deze beide kan het al of niet bestaan van deze betrekking uitgemaakt worden? Als de betrekking van den schuldenaar tot den schuldeischer wordt opgeheven, dan bestaat des schuldeischers recht niet meer. En dat maakt nu het vonnis tusschen die partijen uit. Waar blijft dan de verbintenis? Zij is er niet meer en dien tengevolge kan eene verbintenis die met haar staat of valt, er ook niet meer zijn. En zoo erkent ook het vonnis, bij veroordeeling van den schuldenaar, het recht des schuldeischers tegenover dezen, gelijk het ook alleen tegenover hem te erkennen is. Maar als dit vaststaat, dan staat ook de gehoudenheid van den borg om te betalen, indien de schuldenaar niet betaalt, vast tenzij hij alweder eigene verdedigingsmiddelen tegen den borgtocht zelven mocht hebben. TISSIER n°. 124 merkt hiertegen op: „il est facile de répondre qu'il s'agit précisément de savoir quelle est l'obligation principale, si elle existe, si elle est valable et que le jugement sur ce point est pour la caution res inter alios acta." Daarop meen ik echter te kunnen repliceeren dat het vast moet staan dat de verbintenis, waarover tusschen schuldeischer en schuldenaar wordt gestreden, door den borgtocht was verzekerd en, wanneer dan het vonnis het bestaan en de geldigheid van de verbintenis tusschen schuldeischer en schuldenaar heeft uitgemaakt, dan is dat ook waarheid voor den borg, omdat zijne verplichting van het bestaan en de geldigheid van de verbintenis afhankelijk is, welk een en ander niet anders dan tusschen dengenen, tusschen wien die betrekking uitsluitend beweerd wordt te bestaan, kan worden uitgemaakt.

Als nu de borg in derde verzet mocht komen tegen dat vonnis, dan zal men niet kunnen beweren dat hij partij was in het geding, evenmin dat hij den schuldenaar vertegenwoordigt en dus ook niet dat degene dien hij vertegenwoordigt partij is geweest. Volgens art. 376 is hij dus wel een derde, maar 't wordt de vraag of hij beweren mag in zijne rechten door het vonnis benadeeld te zijn. Mocht het proces en het vonnis als een middel zijn gebezigd om op den borg een niet bestaande schuld te verhalen, hij zal tegen die handeling kunnen opkomen, maar de uitspraak des rechters op zich zelve kan niet gezegd worden zijn recht te benadeelen en op dezen grond alleen zou de borg, niet eenvoudig omdat hij derde is, ten aanzien van het vonnis, het middel van derde verzet gebruiken.

Dat dus in al deze gevallen een vonnis ook voor derden gevolgen heeft, zonder dat daardoor het gezag van het rechterlijk gewijsde

buiten de in art. 1954 aangewezen grenzen uitgebreid wordt, werd door mij ook in Dl. III bl. 60 (2[de] dr.) reeds kortelijk aangewezen.

Wanneer art. 1339 B. W. aan ieder erfgenaam van den schuldeischer eener onde elbare verbintenis de bevoegdheid geeft om de uitvoering daarvan voor het geheel te vorderen, dan ligt daarin opgesloten dat de schuldenaar door dien eenen erfgenaam te voldoen bevrijd wordt, en dat hij dan ook gerustelijk met dien eenen erfgenaam over zijn gehoudenheid een geding kan voeren. Wordt hij jegens dien erfgenaam tot voldoening veroordeeld, dan zal hij niet ook jegens een tweeden tot voldoening veroordeeld kunnen worden. Want hij is aan het reeds tegen hem gewezen vonnis gehoorzaamheid schuldig. Hij zal zich tegen den erfgenaam die hem aanspreekt niet daarop kunnen beroepen, dat hij erfgenaam niet alleen het recht van vorderen heeft. Dit ware met art. 1339 in strijd. Wordt hij vrijgesproken op een grond die de schuld zelve, niet den erfgenaam persoonlijk, betreft, dan zijn ook de andere erfgenamen aan die uitspraak gehouden. Zegt men dat hij die 't geding voerde, ook over hun recht beschikte door over het zijne te procedeeren, het antwoord is dat hij daartoe volgens de wet, buiten hen om bevoegd was. En nu kan men daarin wel weder eene vertegenwoordiging meenen te vinden. In geen geval kan men zeggen dat de niet in 't geding opgekomen erfgenaam van het derde verzet zou zijn uitgesloten, omdat degene dien hij vertegenwoordigt daarin partij geweest is. Hij is toch waarlijk diens rechtsopvolger niet! Als derde zou hij dus in het derde verzet ontvankelijk zijn. Als TISSIER n°. 125 zegt, dat het vonnis „ne doit pas nuire aux autres," als zijnde voor hen eene res inter alios acta, dan heeft hij formeel gelijk, maar daarom kan het recht van die anderen wel materieel onder den invloed van het tegen hunnen medeërfgenaam gewezen vonnis staan. En dan valt daardoor voor hem de klacht over benadeeling weg. Daartoe zou alleen de wijze waarop de procedeerende erfgenaam zijn recht behartigde, grond kunnen geven.

Anders is het, wanneer in bijzondere gevallen de wet de in art. 1339 in het algemeen toegekende bevoegdheid uitsluit. Volgens art. 1758 B. W. moeten, indien de in bewaring gestelde zaak ondeelbaar is, de erfgenamen zich onderling omtrent de overneming verstaan. Daaruit volgt dat een der erfgenamen alleen de vordering tot teruggave der zaak tegen den bewaarnemer instellende, daarin niet ont-

vankelijk is, indien hij niet bewijst daartoe door de overige erfgenamen aangewezen of gemachtigd te zijn. Liet de bewaarnemer zich tegen hem veroordeelen zonder zich op de niet-ontvankelijkheid te beroepen, het gewijsde zou aan de andere erfgenamen niet kunnen worden tegengeworpen. Maar het derde verzet zou door hen kunnen worden aangewend om de afgifte der zaak aan den alleen-opgetreden erfgenaam te voorkomen.

In de gevallen voorzien bij artt. 1336 n°. 2 en 5 heeft de schuldeischer ontegenzeggelijk de bevoegdheid om op grond van het laatste en voorlaatste lid van het artikel een der erfgenamen voor het geheel aan te spreken en als deze aan de veroordeeling heeft voldaan, zal hij verhaal hebben op zijne medeërfgenamen. Ofschoon nu die medeërfgenamen in het geding geen partij zijn geweest, zal het vonnis tegen hen gelden als titel, dewijl hun rechtstoestand afhankelijk is van dien des veroordeelden erfgenaams. Het derde verzet komt den medeërfgenamen niet toe. Naar den Code Civil kan men anders daarover denken, omdat art. 1225 den alleen gedaagden erfgenaam de bevoegdheid gaf om, tenzij de schuld van dien aard ware om alleen door hem gekweten te kunnen worden, een termijn te vragen ten einde zijne medeërfgenamen in het geding te roepen. Niet geroepen zijnde, zouden zij wellicht op dien grond en dewijl de wetgever zelf hun belang bij het geding onderstelt, tegen het vonnis in derde verzet kunnen komen. Onze wetgever kent den erfgenaam evenwel de bevoegdheid tot oproeping der medeërfgenamen niet toe, en ik geloof niet dat zij hem buiten de wet mag toegekend worden (*).

Naar hetzelfde beginsel is ook de vraag te beslissen, of aan legatarissen het recht van derde verzet toekomt tegen een vonnis, waarbij de erfgenamen krachtens testament, op grond van de nietigheid van het testament, jegens de erfgenamen bij versterf tot uitkeering der nalatenschap zijn veroordeeld. Aan die legatarissen kan het recht van derde verzet niet toekomen. Het is toch duidelijk, dat zij den

(*) Er bestaat zeker een volkomen redelijke grond voor de toekenning van die bevoegdheid om een termijn te vragen, ten einde de medeschuldenaren in het geding te roepen (zie POTHIER No. 330 vv.) en ik zou mij zeer goed kunnen voorstellen dat de rechter oordeelde dat deze bevoegdheid kan geacht worden uit den aard der ondeelbare, in tegenstelling met de hoofdelijke, verbintenis voort te vloeien. Maar hoe de gedaagde het zou stellen om dit verweermiddel afzonderlijk en vooraf voor te stellen zonder zijn verwering op de hoofdzaak te verliezen, terwijl het vragen van een termijn om de anderen op te roepen juist de strekking heeft om zich behoorlijk op de hoofdzaak te verweren, weet ik niet.

erfgenaam krachtens testament, die de beschikking over de nalatenschap, welke hij volgens het vonnis moest uitkeeren, verloor, niet tot eene uitkeering uit die nalatenschap kunnen aanspreken, terwijl zij van den erfgenaam bij versterf het legaat niet kunnen vorderen, omdat op dezen niet kan rusten de verplichting om het legaat uit te keeren op grond van een testament dat op zijne vordering werd nietig verklaard. Zal men nu, om dit resultaat te verkrijgen, gaan beweren dat de legataris in het geding door den testamentairen erfgenaam werd vertegenwoordigd? Dat het belang van den legataris in het geding betrokken was, en dat de testamentaire erfgenaam voor zijn eigen recht opkomende, middellijk ook dat van den legataris behartigde, is zeker niet tegen te spreken, maar ligt daarin een vertegenwoordiging? Ik merkte reeds vroeger op, dat dat begrip van vertegenwoordiging een zeer rekkelijk begrip is, maar hier zou er toch hoogstens de schijn van aanwezig zijn. Een wettige vertegenwoordiging is er zeker niet en van eene vertegenwoordiging, voortspruitende uit de verhouding van rechtsvoorganger en rechtsopvolger, kan ook geen sprake zijn. Die vertegenwoordiging kan niet anders zijn dan een rechtsgrond uitgevonden ad hoc om de juridieke overtuiging dat de legataris van het derde verzet uitgesloten moest zijn, een schijn van rechtvaardiging te geven. Intusschen zou men met deze vertegenwoordiging aan te nemen nog niet gekomen zijn daar waar men wezen moet. Want het is voor de beoordeeling van het recht van den legataris alweer niet de vraag, of hij door den erfgenaam krachtens testament in het door dezen gevoerd geding vertegenwoordigd werd, maar of men hem kan tegenwerpen dat degene dien hij vertegenwoordigt in het geding optrad. En hoe zou men nu kunnen beweren dat de legataris een vertegenwoordiger van den testamentairen erfgenaam is? Op grond van vertegenwoordiging kan men alzoo den legataris van het derde verzet niet uitsluiten. Hij is derde ten aanzien van het gevoerde geding. Maar zijne uitsluiting is het gevolg niet daarvan dat het vonnis tusschen de erfgenamen gewezen hem bindt, zooals het de partijen doet; hij was daarin noch partij noch door eene wettige vertegenwoordiging, noch door een rechtsvoorganger betrokken. Maar zijn recht was afhankelijk van het bestaan van een recht, dat een der partijen zou toekomen. Het al of niet bestaan van dat recht wordt op absolute wijze tusschen de erfgenamen bij versterf en die bij testament door het vonnis uitgemaakt en kan alleen op absolute

wijze tusschen dezen uitgemaakt worden. Door het vonnis, hetwelk uitmaakt dat het recht der testamentaire erfgenamen niet bestaat, omdat het voor dat van de erfgenamen bij versterf plaats moet maken, verliest ook het recht van den legataris den grondslag van zijn bestaan. Deze afhankelijkheid van het recht van den legataris van eens anders recht maakt, dat zij over benadeeling in hun recht niet kunnen klagen, wanneer de beweerde benadeeling een onmiddellijk gevolg is van den aard van hun recht. Van een uitbreiding van de kracht van het gewijsde, buiten de daaraan bij art. 1954 B. W. gestelde grenzen, is geen sprake. Het vonnis bindt den legataris niet die in het geding geen partij was, ook maakt het voor hem niet uit wat recht is, want over zijn legaat werd het geding niet gevoerd. Het bindt alleen den veroordeelden testamentairen erfgenaam; het maakt ook alleen tusschen dezen en den erfgenaam bij versterf voor waarheid uit dat het testament nietig is en dat de testamentaire erfgenaam geen recht op de nalatenschap heeft, maar dat deze aan den erfgenaam bij versterf toekomt. Daarmede vervalt evenwel noodzakelijk de voorwaarde, waarvan het recht van de legatarissen afhankelijk is.

Eene geheel andere vraag is het wederom, of den legataris het recht van derde verzet zou toekomen, wanneer het vonnis tusschen den testamentairen erfgenaam en dien bij versterf gewezen door collusie of conniventie mocht zijn verkregen, of indien in 't algemeen de testamentaire erfgenaam door zich in het ongelijk te laten stellen en een grof verzuim in de verdediging te begaan, zich zelven in de onmogelijkheid had gebracht om aan zijne verbintenis te voldoen. Dan zou het geding zijn gebruikt om een ander in zijne rechten te benadeelen en het vonnis langs dien weg verkregen zou als gevolg van eene onrechtmatige daad aan bestrijding door het middel van derde verzet blootstaan.

Stel daarentegen dat de nietigheid van het testament tegenover een der legatarissen in een geding door hem met den testamentairen erfgenaam gevoerd zij uitgemaakt, dan zal aan de andere legatarissen evenmin het recht van derde verzet tegen het vonnis openstaan. Wel zijn zij d e r d e n ten aanzien van het gewezen vonnis; zij waren noch partij in het geding, noch daarin vertegenwoordigd; ook vertegenwoordigen zij niet eene der daarin opgetreden partijen. Doch ook zij zijn door het vonnis niet in hunne rechten benadeeld. Niet als zoude hun recht afhankelijk zijn van het recht waarover het

vonnis besliste, maar omdat tegenover dat recht hun recht een zelfstandig bestaan heeft. Alleen tegenover den gedingvoerenden legataris werd de nietigheid van het testament uitgemaakt. Daarom benadeelt het de rechten der andere legatarissen niet. Wel zal het gewezen vonnis een vooroordeel bevatten met opzicht tot de uitspraak, die ook zij van den rechter hebben te verwachten, wanneer zij op hunne beurt hun recht bij hem mochten doen gelden, maar de rechter is volkomen vrij om, beter ingelicht, hem gelijk te geven, terwijl hij den eersten legataris ongelijk gaf. Al zijn van den rechter dezelfde gronden te verwachten, waarop hij een gelijk oordeel zal uitspreken, gebonden door zijn eerste vonnis is de rechter tegenover andere partijen niet; hij mag niet overwegen dat de legataris, die in het vorige geding niet betrokken was, ongelijk heeft, omdat een ander legataris bij een vroeger door hem gewezen vonnis in het ongelijk gesteld werd.

Uit hetgeen wij tot dusver hebben gezegd ten aanzien van de personen aan welke het derde verzet toekomt, is gebleken, 1°. dat als derden zijn te beschouwen zij die geen partijen in het geding zijn geweest, terwijl het daarbij van zelf spreekt, wat de wetgever uitdrukkelijk bepaalt, dat het even goed is of men in persoon dan wel door een ander krachtens overeenkomst of de wet vertegenwoordigd als partij optreedt. De materieele beteekenis van partijen staat hier op den voorgrond. Evenmin is als derde aan te merken de vertegenwoordiger van hem die in persoon in het geding optrad. Voor hen die op deze wijze als partijen in het geding zijn opgetreden, moet het recht van derde verzet afstuiten op de kracht aan het gewijsde bij art. 1954 B. W. toegekend; 2°. dat men om als derde aangemerkt te kunnen worden geen rechtsopvolger, 't zij onder algemeenen, 't zij onder bijzonderen titel, van een der partijen moet zijn. Rechtsopvolgers, ofschoon zij geen partij waren in het geding, worden gezegd hunne voorgangers die daarin partij waren te vertegenwoordigen in dien zin, dat zij in de rechten hunner voorgangers tredende, in die rechten alleen kunnen treden, voorzoover hunne voorgangers daarover door het voeren van het geding niet beschikten; 3°. dat er van geen benadeeling in een recht sprake mag zijn, wanneer dit recht in zijn bestaan afhankelijk is van een recht, 't welk bij een vonnis tusschen andere partijen gewezen werd uitgemaakt niet te bestaan. Dientengevolge worden zij wier recht vervalt met

het recht welks verval bij een vonnis werd uitgesproken, ofschoon zij zelve geen partij in het geding waren en daarin ook niet door een der partijen werden vertegenwoordigd, van het derde verzet tegen dat vonnis uitgesloten. Wanneer een recht vervalt, doordien het niet-bestaan van een ander recht, waarvan het afhankelijk is, wordt uitgesproken, dan vloeit dat verval uit den aard van het nu vervallen recht voort. Hij die op dat nù vervallen recht aanspraak kon maken, kan, om dat vervallen van zijn recht alleen, over eene benadeeling in zijn recht evenmin zich beklagen als hij wiens recht door een daaraan klevend gebrek te niet ging. Dit derde punt behoort zeker tot den grond waarop het derde verzet steunt, maar het moest hier, in verband met de personen aan wie het toekomt, in zooverre door ons besproken worden, omdat èn jurisprudentie èn schrijvers zich meerendeels op eene vertegenwoordiging door of van eene der partijen beroepen om daarvan in de hier bedoelde gevallen de al- of niet-ontvankelijkheid van het verzet afhankelijk te maken. Men stelde de vraag van de al- of niet-ontvankelijkheid in het derde verzet afhankelijk van deze andere: was de partij in het geding door een der partijen vertegenwoordigd, zonder bij de beantwoording van deze vraag die vertegenwoordiging te beperken tot die welke de wet hier alleen laat gelden, nl. de vertegenwoordiging krachtens de wet of die uit overeenkomst voortvloeiende en die van den rechtsvoorganger door den rechtsopvolger. Eens op het ruimer veld van vertegenwoordiging gekomen, wist men overal waar men het derde verzet wilde uitsluiten eene vertegenwoordiging te vinden, terwijl zij die het wildentoelaten, die vertegenwoordiging ontkenden. Men scheen zich niet te kunnen voorstellen dat een derde de gevolgen van een tusschen anderen gewezen vonnis zou kunnen ondervinden, al was hij in het geding niet vertegenwoordigd geweest, en nam, waar het niet te ontkennen viel dat het vonnis zoodanig gevolg had, vertegenwoordiging aan om het derde verzet uit te sluiten.

Voordat wij tot de verdere bespreking van den grond waarop het derde verzet kan worden aangewend, overgaan, hebben wij nog te letten op de uitsluiting van hen die door voeging of tusschenkomst partij in het geding zijn geweest, daar zij in art. 376 a. h. e. uitdrukkelijk uitgesloten worden. Het behoeft geen betoog dat „partij" hier in dezelfde beteekenis moet worden verstaan als in het eerste gedeelte van het artikel. Derde is dan evenmin hij die in persoon als hij die door een vertegenwoordiger krachtens wet of

overeenkomst als gevoegde of overeenkomende partij optrad. Evenzeer is uitgesloten de vertegenwoordiger van hem die in persoon als gevoegde of tusschenkomende partij in het geding is geweest. En daarom wordt dan ook uitgesloten de erfgenaam of rechtverkrijgende van zoodanige gevoegde of tusschenkomende partij, want dan was de rechtsvoorganger, welken die erfgenaam of rechtverkrijgende vertegenwoordigen, als in diens rechten getreden, partij in het geding. Maar sprak dat nu niet van zelf dat die gevoegde of tusschenkomende partijen geen derden zijn? Zeker, en de Franschen hebben ze altijd als partijen beschouwd. Toch sloot de letter van het fransche artikel hen niet van het derde verzet uit, omdat het alleen uitsloot hen die in het geding niet geroepen zijn geweest. En nu worden juist die tusschenkomende partijen niet geroepen; zij melden zich zelve aan. Bleef men echter aan de letter hangen, dan zou, zonderling genoeg, alleen hij die gedwongen werd om tusschen te komen (indien de wet althans moet geacht worden dezen te kennen), als zijnde hij geroepen geweest, wèl, zij daarentegen die uit eigen beweging tusschenkwam en niet uitgesloten geweest zijn van het derde verzet en dat niettegenstaande zij, even goed als de gedwongen tusschenkomende, partij waren in het geding. En hierop kwam het toch aan. In dat partij zijn, niet in dat al of niet geroepen zijn ligt de kracht van art. 474 C. de pr. Dat de fransche wetgever niet sprak van partijen in het geding om aan te wijzen, wie hij van de „tierce oppossition" wilde uitsluiten, maar van hen die in het geding geroepen zijn geweest, verklaart zich vooreerst daaruit, dat hij dengene die van het middel van derde verzet gebruik maakt, zelven partie noemt: „Une partie peut former tierce opposition," waarmede hij wil te kennen geven dat als partij in derde verzet kan optreden hij die, enz. Maar bovendien verklaart de redactie van het fransche artikel zich daaruit, dat het vereischte van niet geroepen te zijn geweest oorspronkelijk nader bepaald werd door de bijvoeging dat de niet geroepene geroepen had moeten worden, „et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés encore qu'ils eussent dû l'être.

Tot de zoo uitdrukkelijke uitsluiting van hen die door voeging of tusschenkomst partij zijn geweest is onze wetgever waarschijnlijk ook geleid door de verhouding welke er, volgens de voorstanders van het verzet door derden, tusschen dit rechtsmiddel en het middel van voeging en tusschenkomst bestaat. Want

het verdient opmerking dat juist de opneming in de wet van het middel van tusschenkomst van grooten invloed geweest is op het eindelijk herstel van het middel van derde verzet in 1837, nadat het in 1827 uit de wet verwijderd was. In 1827 althans werd door de voorstanders van het toen niet in de wet opgenomen middel van derde verzet er op aangedrongen dat dit middel niets anders was dan een gevolg van het reeds door den wetgever erkende middel van tusschenkomst. Wanneer men, dus redeneerden de voorstanders, aan een derde de bevoegdheid toekent om in een tusschen anderen gevoerd geding tusschen te komen, omdat zijn belang bij dat geding betrokken is, dan vloeit daaruit voort dat het vonnis hem zal kunnen benadeelen en dan moet hij ook de bevoegdheid hebben om, wanneer het vonnis in strijd met zijn belang werd gewezen, zonder dat hij in het geding tusschenkwam, zich tegen het vonnis te verzetten. Dat geding kan hem immers buiten zijn schuld geheel onbekend gebleven zijn. Eens aangenomen dat voor hem die had kunnen tusschenkomen, de behoefte bestaat aan een buitengewoon middel als het derde verzet, en dat de gewone middelen die hij, niettegenstaande het gewezen vonnis, hebben mag, de handhaving van zijn recht niet voldoende verzekeren, ligt in de aangevoerde redeneering zeker een rechtvaardigingsgrond van het verzet door derden. Deze heeft zeker, bij de opneming van het middel in de wet bij de herziening van 1837, gegolden en niet onwaarschijnlijk mag het heeten dat niet het minst daaraan is te danken de uitdrukkelijke bepaling dat het derde verzet niet toekomt aan hem die door voeging of tusschenkomst partij in het geding is geweest. Men wachte zich evenwel hier het altijd zoo gevaarlijke argumentum a contrario toe te passen en te besluiten dat nu ook hij, die zich had kunnen voegen of had kunnen tusschenkomen, daardoor tot het verzet door derden gerechtigd zou zijn. Want gelijk ik reeds opmerkte, en in mijne verhandeling in Rechtsg. Magazijn bl. 586 uitvoeriger betoogde, aan hem die zich eenvoudig had kunnen voegen mag het middel van derde verzet niet worden toegekend. Wel is hij derde met opzicht tot het gewezen vonnis; partij was hij niet, en dat hij vertegenwoordiger, d. i. rechtsopvolger van de partij zou zijn bij welke hij zich had kunnen voegen, kan evenmin beweerd worden. De gevoegde partij heeft een eigen belang te behartigen; maar van eene benadeeling in zijn recht kan geen sprake wezen, waar de invloed, dien het vonnis tusschen anderen gewezen op zijne rechtsverhouding

uitoefent, het gevolg is van de afhankelijkheid waarin zijne rechtsbetrekking uit haren aard tot de door het vonnis geregelde rechtsbetrekking staat. Van benadeeling in zijn recht zal, bij de partij die zich had kunnen voegen, alleen sprake kunnen zijn, indien zij kan bewijzen dat er samenspanning, opzet of grof verzuim ten haren nadeele tusschen de gedingvoerende partijen heeft plaats gehad. Het onderscheid dat wij, in overeenstemming met de onderscheiden benaming door den wetgever aan het middel van tusschenkomst gegeven, tusschen voeging en tusschenkomst, met het oog op den onderscheiden inhoud en strekking van beide middelen moeten maken, kan ons behoeden voor de volstrekte correlatie, welke door fransche rechtsgeleerden, in overeenstemming met de voorstelling die daarvan ook in 1829 in onze Tweede Kamer werd gegeven, tusschen tusschenkomst, in de uitgebreide beteekenis met inbegrip van voeging, en derde verzet zou bestaan. LAFERRIÈRE aangehaald bij TISSIER p. 204 n°. 1 drukt dit aldus uit: „La correlation du droit d'intervention et de tierce opposition dans les matières contentieuses ordinaires est d'ailleurs facile à justifier, car celui qui avait le droit d'intervenir pour empêcher qu'un jugement fut rendu doit avoir aussi le droit de critiquer ce jugement quand il a été rendu à son insu et à son préjudice." TISSIER aarzelt niet daarvan te zeggen: „c'est à cette solution ou plutôt à cette confusion qu'aboutit la théorie aujourd'hui prédominante". Met die „théorie prédominante" bedoelt hij de verwerping van den eisch, dat men om tot het derde verzet toegelaten te worden, niet alleen niet geroepen zij geweest, maar geroepen had moeten worden.

Ik heb aan het stellen van dien eisch geen behoefte. Ook komt het mij voor dat die eisch, dat men nl. om tot derde verzet gerechtigd te zijn niet alleen niet geroepen is geweest, maar ook geroepen had moeten worden, ten onrechte door oudere fransche schrijvers, en laatstelijk weder door TISSIER n°. 129—131, gesteld wordt. De woorden welke aan het slot van het oorspronkelijk artikel voorkwamen: „encore qu'ils eussent dû l'être" mogen zijn geschrapt geworden, TISSIER en zijne medestanders vinden in de discussiën van den franschen Staatsraad (verg. hierboven bl. 360 vv.) aanleiding om aan te nemen, dat die schrapping op een misverstand berustte en op grond daarvan leggen zij het tegenwoordig art. 474 uit, alsof de weggelaten woorden er nog in stonden. Daarmede gaan zij m. i. de grenzen aan den uitlegger van de wet gesteld te buiten. Ware van de weglating

der bedoelde woorden het gevolg, dat de bepaling geen zin had, ik zou des uitleggers recht om haar langs den aangegeven weg den meest met 's wetgevers bedoeling overeenstemmenden zin te geven, niet ontkennen; maar nu dit niet het geval is, alleen op grond van de kennelijke verwarring, welke er in de beraadslaging van den Staatsraad heeft geheerscht, en omdat er niet nader over gesproken werd, de uitlating der woorden aan misverstand toe te schrijven en die als eigenlijk niet gewild te beschouwen, acht ik een niet toe te laten willekeur des uitleggers. Te minder hier te dulden, omdat de weglating dier woorden hare gereede verklaring vindt in de gelijktijdige weglating van een tweede artikel onmiddellijk op het overgeblevene volgende: „A l'égard des jugements, lors desquels la partie n'a pas dû être appelée, elle ne pourra les attaquer qu'en prouvant la collusion, la fraude ou le dol." Dat wilde m. a. w. ook dit zeggen, dat in deze gevallen van verzet het geen vereischte was dat de benadeelde had geroepen moeten worden. Maar zóó kon dit niet gezegd worden, want het sprak wel van zelf, dat men iemand er niet bijroept, ook niet in een geding, wanneer men bedoelt hem te benadeelen. Wilde men nu in deze gevallen van bedrog het derde verzet behouden, gelijk het geval was en er geen afzonderlijke bepaling over maken, dan moest, met het vervallen van die afzonderlijke bepaling, ook de eisch „encore qu'ils eussent dû l'être" vervallen.

Dit verliest bijv. CHAUVEAU uit het oog wanneer hij op eene door TISSIER p. 207 en 208 met instemming aangehaalde plaats zegt: „En relisant la discussion, on ne voit pas pourquoi M. BOULAY a tiré du rejet du second principe (art. 464) l'amendement du premier (art. 463) car le second n'avait aucune correlation avec le premier. Dans l'un, j'ai été condamné sans avoir été entendu; dans l'autre j'ai été représenté par un individu qui a fait servir la fraude et la collusion à me dépouiller. Ces deux positions sont distinctes et cependant on semblait les confondre." Zeker zijn de beide positiën geheel verschillend. Nu was er blijkbaar verschil van gevoelen, of het middel van derde verzet ook het middel zou zijn om de vernietiging te bewerken van een vonnis dat door bedrog of samenspanning was verkregen. Wilde men dit niet, wat de meening was van TREILHARD, dan moest om die reden art. 464, hetwelk het derde verzet op bedrog toepasselijk maakte, vervallen. Wilde men het wèl, wat de meening was van den Minister van Justitie, en het dus niet-

tegenstaande het vervallen van art. 464 behouden, dan moest het daaronder kunnen begrepen worden, maar dan konden daarin de woorden „encore qu'ils eussent dû l'être" niet behouden blijven. Men kan toch met geen mogelijkheid beweren dat hij die het slachtoffer is van het te zijner benadeeling opgezet of gevoerd geding, daarin zou hebben moeten geroepen geworden!

Nu kan men wel, lettende op het onderscheid ten aanzien van den grond van het verzet, of nl. de benadeeling waarover de derde klaagt eenig en alleen een feitelijk, niet door partijen gewild, gevolg van het vonnis is, dan wel of het geding op die benadeeling was aangelegd, en dan het eerste geval als oorspronkelijk tot het middel aanleiding gegeven hebbende het eigenlijk, het tweede waartoe het verkeerdelijk werd uitgebreid, het oneigenlijk derde verzet noemen, gelijk TISSIER dit doet t. a. p., maar wanneer men dan voor het eigenlijk derde verzet als eisch stelt dat de derde niet geroepen is geweest, terwijl hij in het geding geroepen had moeten worden, en voor het oneigenlijk derde verzet dien eisch laat vallen, dan gaat men verder dan, met toepassing van het „qui bene distinguit bene docet", de wet op te helderen en uit hare beginselen te verklaren. Want men leidt uit eene op zich zelve misschien niet onjuiste onderscheiding gevolgtrekkingen af, die de wetgever niet heeft gewild en die althans, noch in de bepaling, zooals hij haar vaststelde, noch in het verband met andere, het karakter van het rechtsmiddel bepalende voorschriften, hare rechtvaardiging vinden. M. a. w.: men leidt niet alleen uit de wet een theorie of dogma af, maar maakt de wet aan eene theorie ondergeschikt en maakt daaruit de beteekenis der wet op. In geen geval mogen wij aannemen, dat ons art. 376, in hetwelk de wetgever, art. 474 C. de pr., door aanvullingen heeft gemeend te verduidelijken, ook eeneaanvulling, als sommige fransche auteurs zich van het fransche artikel veroorloven, toelaat. Zie nader over de onderscheiding in eigenlijk en oneigenlijk verzet, hieronder bl. 416.

Mij dunkt dat deze argumenten voldoende zijn om het gevoelen te verwerpen van TISSIER, die het vereischte waarover wij spraken, het „dû être appelé", voor het derde verzet, behalve in de gevallen waarin het op grond van bedrog of collusie wordt aangewend, weder op den voorgrond plaatst, p. 201 vv., met erkenning dat het aanvankelijk door gezaghebbende auteurs als MERLIN, CARRÉ, PROUDHON en RAUTER verdedigd en door de vroegere jurisprudentie gesteund, door de latere schrijvers en door de jurisprudentie van lateren tijd is

verlaten geworden, zoodat DALLOZ er van meent te mogen zeggen dat het in vergetelheid is geraakt. Tegen hetgeen hierboven daarover gezegd werd kan niet afdoen dat het oude systeem redelijker zou zijn. TISSIER is nl. van oordeel dat met het vereischte boven bedoeld het middel binnen redelijke grenzen wordt beperkt, omdat het anders zou zijn toegelaten aan allen die zouden hebben kunnen tusschenkomen in het geding. Dan zou geen recht maar elk ernstig belang de grond er van kunnen zijn. Dit argument kan evenwel reeds daarom op mij geen indruk maken, omdat ik niet inzie dat het systeem der wet daardoor reeds onredelijk zou verdienen te heeten. Ten andere boezemt het mij geen vertrouwen in, omdat daartoe al weder noodig wordt om met TISSIER een onderscheiding te maken tusschen „tiers admis à attaquer un jugement par voie de tierce opposition" en „penitus extranei qui doivent rester en dehors de cette voie de recours". Ik wil zelfs bekennen dat die vreemde qualificatie van „penitus extranei" mij toeschijnt als een vreemde vlag, waaronder men verboden waar tracht in te smokkelen. Maar bovendien komt het mij voor dat de zoo gevreesde en onredelijk geachte uitbreiding van het middel van derde verzet van zelf wordt gekeerd, wanneer niet uit het oog wordt verloren dat de derde moet doen blijken van benadeeling in zijne rechten en dat deze den grond van zijn verzet moet uitmaken. Daaruit vloeit dan m. i. voort, dat al zijn de tot tusschenkomst gerechtigden, zoolang zij van dit middel geen gebruik hebben gemaakt, als derden te beschouwen en al blijven zij derden ten aanzien van het vonnis, wanneer zij van het middel geen gebruik maken, toch van het middel van derde verzet zijn uitgesloten zij die niet anders hadden kunnen doen dan zich in het proces voegen. Als zoodanig worden zij door het vonnis in hunne rechten niet benadeeld. Het vonnis kan dit alleen doen, wanneer het door samenspanning, opzet of door grof verzuim in de verdediging werd verkregen (*).

Ik ben het geheel met TISSIER eens wanneer hij beweert dat de „intervention" van uitgebreider toepassing is dan de „tierce opposition". Niet ten onrechte wijst hij ook op art. 466 van den C. de

(*) Ik heb mij hier gehouden aan de onderscheiding tusschen voeging en tusschenkomst zooals ik die ontwikkelde Dl. III, bl. 34 vv. Het komt mij voor dat die onderscheiding op een min juiste wijze werd toegepast in een geding in eersten aanleg gevoerd bij den Hoogen Raad en beslist bij arrest van 6 April 1894 W. 6485. Men zie daarover mijn opstel in Rechtsgeleerd Magazijn XVI (1897), bl. 44.

pr., hetwelk de interventie in appèl alleen toeliet aan hen die recht zouden kunnen hebben op tierce opposition. Daarin ligt kennelijk de gedachte des wetgevers om de interventie in appèl te beperken. Het artikel heeft er niettemin schuld aan dat de fr. jurisprudentie om de interventie te begunstigen en om ze in appèl te kunnen toelaten, aan het derde verzet uitbreiding gaf. In dit alles geef ik TISSIER gelijk, maar hij zocht de beperking van het derde verzet, in tegenstelling van de interventie, daarin, dat hij aan het derde verzet den m. i. niet te rechtvaardigen eisch ging stellen van het dû être appelé, terwijl hij de beperking daarin had moeten vinden, dat van het derde verzet uitgesloten zijn zij die hadden kunnen tusschenkomen door zich te voegen. Hij was daartoe op den goeden weg, toen hij (n°. 140) deze onderscheiding maakte, doch hij liep dien goeden weg niet af door te blijven staan bij en de onderscheiding alleen toe te passen op schuldeischers die in processen, waarin hun schuldenaar betrokken is zich wel kunnen voegen om bedrog te voorkomen, maar alleen in derde verzet kunnen komen, wanneer het geding tot opzettelijke benadeeling hunner rechten is gevoerd en deze benadeeling dan met en door het vonnis kan worden ten uitvoer gebracht. Niet anders bepaalt dit ook onze wetgever op het voorbeeld van den franschen bij de scheiding van goederen, waar den schuldeischers van den man het recht van tusschenkomst onbeperkt wordt toegekend, het derde verzet alleen als zij door middel van het vonnis in hunne rechten opzettelijk worden benadeeld. Art. 247, 243 B. W.

In aansluiting aan de slotsom, welke ik met opzicht tot de personen welke tot het derde verzet al of niet gerechtigd zijn uit het eerste gedeelte van art. 376 opmaakte (zie bl. 401) kan nu nog worden vastgesteld: 1°. dat men om als derde te kunnen worden aangemerkt niet door voeging of tusschenkomst 't zij in persoon, 't zij wettelijk of krachtens overeenkomst vertegenwoordigd in het geding moet zijn opgetreden; dat ook geen derde is hij die als rechtsopvolger van eene gevoegde of tusschenkomende partij deze vertegenwoordigde; 2°. dat daaruit niet volgt dat hij die zich had kunnen voegen of tusschenkomen en dit niet deed, al is hij derde, tot derde verzet bevoegd zou zijn, maar dat integendeel de verhouding van hem die zich had kunnen voegen en dit niet gedaan heeft tot de partij bij welke hij zich had kunnen voegen, van dien aard is dat hij niet kan beweren door de uitspraak des rechters benadeeld te

zijn in zijn recht, al kan het vonnis en de voldoening, welke daaraan door de partij, bij welke hij zich had kunnen voegen, is gegeven, den grond tot eene vordering tegen hem opleveren of eene vordering welke hij anders had kunnen instellen doen te niet gaan. Bij OUDEMAN I, 47 en DE PINTO II, 1, bl. 509, dit meen ik in 't voorbijgaan te moeten opmerken, wordt tusschen voeging en tusschenkomst geen onderscheid gemaakt, maar in 't algemeen het recht van derde verzet toegekend aan hen die tot voeging of tusschenkomst zouden zijn gerechtigd geweest; 3°. dat het overigens om derde te zijn voldoende is dat iemand niet geroepen werd in het geding, maar dat ten onrechte wordt gevorderd dat hij geroepen had moeten worden. Dit is ook het gevoelen van DE PINTO II, 1. bl. 509.

En nu nog twee opmerkingen ten slotte:

Wanneer men een gedwongen tusschenkomst toegelaten acht, dan spreekt het wel van zelf dat ook hij, die dientengevolge in het proces opkwam, als tusschenkomende partij is opgetreden en dus ook in een derde verzet niet ontvankelijk moet zijn. Dat uit de redactie van art. 376 niet mag worden afgeleid, dat onze wetgever die gedwongen tusschenkomst erkent, heb ik bij eene andere gelegenheid trachten aan te wijzen. Rechtsg. Magazijn 1888 bl. 319, coll. 305 vv. Dit doet voor het derde verzet ook niet af. Alleen wensch ik hier er nog bij te voegen, dat ik nog altijd van oordeel ben dat die gedwongen tusschenkomst bij ons niet behoort toegelaten te worden. TISSIER heeft, in zijne meermalen in deze bladzijden door mij aangehaalde monografie, over het derde verzet aan mijn verhandeling over de gedwongen tusschenkomst, die ook werd opgenomen in Revue Critique de législation et de jurisprudence T. LV. (1888) p. 463 vv., eene opzettelijke behandeling gewijd, waar hij in een „appendice" op het hoofdstuk: „de ceux qui peuvent faire tierce opposition", handelt: de l'assignation en déclaration de jugement commun" p. 229—239. Hij is het met mij eens dat de gronden, die door de fransche schrijvers tot rechtvaardiging der instelling plegen aangevoerd te worden, geen steek houden, Toch neemt hij de instelling in bescherming, mits men haar beperke binnen engere grenzen dan wel geschiedt. Gelijk hij de „tierce opposition" wil beperken tot hen die niet geroepen geweest zijn, doch geroepen hadden moeten worden, zoo wil hij de „intervention forcée" alleen hebben toegepast tegen hen die evenals de gedaagde het recht des eischers in den weg staan. Dan krijgt echter die gedwongen tus-

schenkomst een geheel ander aanzien. Men maakt den derde dien men dus in het proces roept, tot medegedaagde. Hij wordt niet tot handhaving van een recht, maar tot een verdediging van den toestand waarin hij zich, in strijd met een door een ander beweerd recht, bevindt, opgeroepen. Eene schending van het „nemo invitus agere" ligt daarin niet. Verg. mijne verhandeling in Rechtsg. Magazijn 1888 bl. 589 en de noot.

Eene tweede opmerking betreft den opgeroepene in vrijwaring. Ook hij, die als zoodanig optrad zonder zich in het geding te voegen naar aanleiding van art. 72 B. R., kan tegen het op de hoofdzaak gewezen vonnis niet in derde verzet komen. Wel was hij strikt genomen geen partij in dat geding, maar hij had zich kunnen voegen en de verhouding welke daarbij tusschen hem en de partij bij welke hij zich had kunnen voegen wordt verondersteld, maakt hem, volgens hetgeen ik hierboven betoogde, tot derde verzet onbevoegd. Zij die dit gevoelen niet deelen, zullen hem toch wel evenmin tot het derde verzet toelaten, omdat hij door zich niet te voegen, niettegenstaande hij aan de oproeping in vrijwaring voldeed, duidelijk genoeg te kennen gaf dat het tusschen de hoofdpartijen gevoerd geding hem niet aanging, zoodat hij dan ook niet kan beweren door dat vonnis in zijne rechten te zijn benadeeld.

Art. 376 geeft aan derden de bevoegdheid om zich te verzetten tegen een vonnis tusschen andere partijen gewezen, indien dit hunne rechten benadeelt. Blijft men vasthouden aan de betrekkelijke kracht van het gewijsde, gelijk behoort, dan staat het meteen vast, dat de benadeeling van het recht van een derde, die geen partij is geweest in het geding en die daarin ook niet door een rechtsvoorganger vertegenwoordigd is geweest, niet daarin kan bestaan, dat hij door het vonnis van zijn recht, indien dit althans een van een ander recht geheel onafhankelijk bestaan heeft, verstoken zou worden, daar toch over zijn recht geen uitspraak is gedaan; dat recht zelf heeft niet het voorwerp van eene tusschen anderen gegeven beslissing kunnen uitmaken. Evenmin kan de benadeeling daarvan het gevolg wezen dat het vonnis hem eene verplichting zou opleggen, tenzij deze van de erkenning van eene andere verbintenis afhankelijk mocht zijn. Want de gedingvoerende partijen hebben over het vermogen van een derde geen beschikking en kunnen dan ook niet doen beslissen of een derde al of niet verbonden zal zijn.

Toch moet het vonnis de rechten van den derde benadeelen. Dit kan, zonder eenigszins aan de betrekkelijke kracht van het gewijsde te kort te doen, dan plaats hebben, wanneer het vonnis tot middel dient om op eene onrechtmatige wijze over het recht van een derde te beschikken. Al zijn partijen onbevoegd om derden door hunne overeenkomsten te benadeelen, zij hebben daartoe de gelegenheid, wat art. 1377 B. W. onderstelt, en de door hen of een van hen onrechtmatig benadeelde schuldeischers zullen die benadeeling lijden, indien zij niet met goed gevolg het middel aanwenden dat de wetgever hen bij hetzelfde artikel geeft om de handeling van partijen te bestrijden. Behalve door een overeenkomst kunnen partijen of een hunner een dergelijke benadeeling van de rechten hunner schuldeischers tot stand brengen door een vonnis van den rechter uit te lokken om eene handeling, als meer bepaaldelijk in art. 1377 bedoeld, te doen erkennen of ook door zich tot uitkeeringen uit hun vermogen jegens opgemaakte rechthebbenden te laten veroordeelen. Al verwerpt men terecht het denkbeeld om in wat men de litis constestatie noemt eene stilzwijgende of gefingeerde overeenkomst te zien (zie Dl. II, bl. 129), hier is in de handeling der partijen het karakter van eene overeenkomst niet te miskennen. Wordt nu het derde verzet hier een vorm voor de zg. Pauliana, ik meen dat dan ook hier het daarbij te leveren bewijs van de in art. 1377 voorkomende onderscheiding afhankelijk is. Ik kan mij ten aanzien van dit punt niet vereenigen met TISSIER n⁰. 144 noch met GARSONNET § 1172, die, zonder te onderscheiden, aannemen dat de derde alleen het opzet des schuldenaars, niet ook dat van de andere partij heeft te bewijzen. GARSONNET heeft een peremtoir bezwaar tegen de regeling van het bewijs zooals die bij de Pauliana plaats heeft, ofschoon hij erkent dat wij hier met eene toepassing van de Pauliana te doen hebben. Dat bezwaar bestaat hierin, dat de gedingvoerende partij, al weet zij dat de schuldenaar tegenpartij, ter opzettelijke verkorting der rechten van de schuldeischers in den eisch berust of van peremtoire verweermiddelen afstand doet, zij daar niets tegen doen kan en dat de rechter hem wel veroordeelen moet. En hij besluit dat men het derde verzet onmogelijk zou maken door van den derde het bewijs te vorderen van eene verstandhouding die niet zou kunnen bestaan. Ik zie de peremtoire kracht van dit argument niet in. Ik zou althans willen onderscheiden. Wanneer bij het vonnis uitspraak wordt gedaan over eene overeenkomst ter opzettelijke verkorting van

de rechten der schuldeischers aangegaan en het vonnis deze handeling komt bevestigen door hare verbindende kracht te erkennen, dan ligt de grond van het derde verzet in die bevestiging van de opzettelijke benadeeling, en dan zal, dunkt mij, evenals bij de Pauliana, het opzet, de wetenschap ten aanzien van beide of van eene der partijen, moeten worden bewezen volgens de bij de Pauliana aangenomen onderscheiding (art. 1377 B. W. art. 42, 44 faill. wet) en kan daartegen niet het minste bezwaar bestaan. Moet evenwel het proces het middel zijn niet om een gepleegde handeling te bevestigen, maar juist om door te berusten in eene vordering of afstand te doen van een verweermiddel de benadeeling te plegen, dan zeg ik niet met GARSONNET, dat we daarbij te doen hebben met een handeling onder bezwarenden titel, waartoe al deze vonnissen zonder onderscheid volgens hem zouden te brengen zijn, „car le tribunal qui reconnaît les droits d'une personne ne lui fait pas une donation, le contrat judiciaire en exécution duquel le jugement est rendu est à titre onéreux". Veeleer ben ik van oordeel, dat wij te doen hebben met eene handeling die om niet heeft plaats gehad of is althans de partij die van der andere handeling profiteerde in geheel analogen toestand aan dien van een verkrijger om niet; en ook geldt hier dezelfde reden als bij de regeling van de Pauliana in art. 1377, dat het bewijs van opzet of medeweten tegen hem niet behoeft geleverd te worden, omdat 't bij hem niet, als bij den verkrijger onder bezwarenden titel, om 't ontgaan van een nadeel te doen is. Te dien opzichte ben ik het eens met TISSIER n°. 144, maar ik verschil van dezen in gevoelen dat dit altijd het geval zou zijn, zoodat men geen onderscheid zou moeten maken voor het eerste door mij genoemde geval, dat nl. het geding strekte om eene ter opzettelijke benadeeling vereischte handeling onder bezwarenden titel te doen erkennen. Bij art. 31 der faill. wet wordt echter, bij eene benadeeling van de schuldeischers door processueele handelingen, als daar is 't niet gebruik maken van verweermiddelen, de wetenschap bij beide partijen vereischt.

Verder behooren tot deze categorie van gevallen, waarin het derde verzet kan worden aangewend, de zoodanige waarin eene partij door samenspanning, opzet of grof verzuim in de verdediging hare eigene veroordeeling veroorzaakte en met het prijsgeven van het eigen recht een derde aansprakelijk maakte, daar de verplichting van dezen derde van die der partij afhankelijk was. Deze laakbare handeling is zeker als eene onrechtmatige daad te beschouwen, door

welke schade is toegebracht te verhalen op hem die door zijne schuld de schade veroorzaakte. De nu benadeelde partij had zich kunnen voegen. Deed zij dit niet en heeft de partij in het geding zich behoorlijk verdedigd, althans niets gedaan of verzuimd, waaruit tot een grof verzuim in de verdediging kan worden besloten, dan kan zij op het middel van derde verzet geen aanspraak maken, want de gevolgen van het vonnis zijn 't natuurlijk gevolg van de rechtsbetrekking waarin zij geplaatst was. Maar wordt het vonnis een gevolg van de onrechtmatige handeling der partij, dan moet hier het middel van derde verzet, even goed als aan de benadeelde schuldeischers, toekomen.

Reeds vroeger merkte ik op dat het middel van derde verzet voor al deze gevallen niet is uitgevonden. Dat het er op is toegepast is minder te verwonderen, omdat de benadeelende handeling ten slotte met behulp van een vonnis haar beslag kreeg en het nadeel aan de rechten van derden berokkend dientengevolge als het gevolg van een vonnis kon worden aangemerkt. Het kon nu een uitnemend middel schijnen om aan de partijen die tot de benadeelende handeling hadden mede- of samengewerkt het wapen uit de hand te slaan, dat zij zouden kunnen vinden in een vonnis, waaraan zij verplicht waren te gehoorzamen, van welke gehoorzaamheid een derde hen niet zou kunnen ontslaan. Want mocht het al naar rechte duidelijk zijn dat een vonnis niet zou mogen dekken eene onrechtmatige handeling waardoor derden worden benadeeld, alle gezag, hetwelk zulk een vonnis kon schijnen te hebben, wordt verbroken, wanneer een middel wordt toegekend om het te vernietigen en daartoe leende zich het middel van derde verzet.

Wij hebben gelegenheid gehad te zien, hoe aanvankelijk de fransche wetgever opzettelijk benadeelende handelingen met zoovele woorden als grond voor de tierce opposition vermeldde en die bepaling alleen deed vervallen, toen hij voor het middel niet meer den eisch stelde dat de derde zou hebben moeten geroepen worden in het geding. Bovendien wordt juist in de weinige gevallen, waar de wet uitdrukkelijk een verzet door derden toestaat, van een aan schuldeischers toekomend derde verzet gewag gemaakt. Op het voorbeeld van den C. C., art. 1447, wordt immers in art. 247 B. W. aan de schuldeischers van den man, die niet in het geding tot scheiding van goederen zijn tusschenbeide gekomen, de bevoegdheid gegeven om zich tegen de scheiding te verzetten, al ware zij reeds ten uit-

voer gelegd, indien hunne rechten daardoor opzettelijk mochten verkort zijn. Deze bepaling geeft in verband met het vroeger gezegde nog aanleiding tot enkele opmerkingen. Dat de schuldeischers niet in het geding moeten zijn tusschenbeide gekomen is geheel in overeenstemming met hetgeen art. 376 bepaalt. Dan toch waren zij partijen geweest in het geding en kunnen ten aanzien van het vonnis geen derden genoemd worden. Maar het wordt den schuldeischers ook alleen gegeven indien hunne rechten opzettelijk verkort mochten zijn. Wanneer de schuldeischers zich nu alleen hadden kunnen voegen, welken bijzonderen vorm van de tusschenkomst art. 243 in verband met art. 1447 C. C. den schuldeischers zeker ook toekent, dan kan van derde verzet tegen het vonnis geen sprake zijn. Ik vind daarin eene bevestiging van mijn gevoelen dat, terwijl het gebruik maken van voeging zoo goed als van tusschenkomst derde verzet uitsluit, het niet gebruik maken van de tusschenkomst, in den beperkten zin van het woord, het middel van derde verzet vrijlaat, het niet gebruik maken van voeging daarentegen geen voorbehoud van derde verzet medebrengt, maar dit integendeel doet verliezen. Waar men het eigen recht in een tusschen anderen gevoerd wordend geding alleen kan beschermen door een ander in de verdediging van zijn recht te helpen, d. i. zich te voegen, daar blijkt dat recht onder den invloed van eens anders recht te staan, zijn bestaan daarvan afhankelijk te wezen. Dan valt het ook met dat recht van den ander, en het nadeel dat het vonnis voor den derde ten gevolge heeft is niet aan het vonnis maar aan den eigen toestand van dat recht te danken. Kan aan het vonnis het nadeel niet worden geweten, dan ook geen verzet tegen dat vonnis aan een derde, die alleen ondervindt het noodzakelijk en natuurlijk gevolg van zijn recht. Eene laatste opmerking is nog deze. Moge het rechtsmiddel van derde verzet in deze gevallen formeel tegen het vonnis worden gericht, in werkelijkheid betreft het de handeling welke door het vonnis gedekt wordt. Duidelijker nog dan in art. 247 B. W. komt dit uit in art. 1447 C. C. „Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et mêmes exécutée en fraude de leurs droits". Het vonnis werd door eene bedriegelijke handeling uitgelokt, maar daarom dekt dan ook het gezag des rechters de bedriegelijke handeling niet. Intusschen kan ook, al werd het vonnis niet met bedriegelijk opzet verkregen, toch de scheiding tot benadeeling der schuldeischers hebben plaats gehad. In dit geval valt de

scheiding geheel onder de bepaling van art. 1377 B. W. Men vergelijke hier voorts, wat ik hierboven, bij de bespreking van de vragen of hoofdelijke medeschuldeischers, hoofdelijke medeschuldenaren, borgen en gerechtigden tot ondeelbare verbintenissen, als derden, tot derde verzet gerechtigd zouden zijn, heb opgemerkt, bl. 391 v. Omtrent het bewijs van het nadeel valt hier niets bijzonders te zeggen; waar de onrechtmatigheid of de bedriegelijkheid der handeling, zooals de wetgever het uitdrukt, te bewijzen is, komt voor het bewijs door vermoedens de bijzondere bepaling van art. 1959 B. W. te stade.

Ofschoon het in de nu besproken gevallen het duidelijkst uitkomt, hoe het vonnis de rechten van een derde benadeelen kan zonder dat eenigszins aan de betrekkelijke kracht van het gewijsde te kort gedaan wordt, bestaat er toch wel eenige aanleiding om het in die gevallen toegekende middel van derde verzet het *oneigenlijk* derde verzet te noemen. Ik bedoel dit namelijk in dezen zin dat, gelijk ik straks opmerkte, bij de bedoelde gevallen het derde verzet in den grond der zaak niet tegen het vonnis, maar tegen de daardoor gedekte onrechtmatige handelingen is gericht. Een gevolg daarvan is dat, om het nadeel van die handelingen als ze door een vonnis gedekt zijn op te heffen, van het middel van derde verzet tegen zoodanig vonnis gebruik gemaakt *moet* worden, terwijl in de nog te bespreken gevallen van wat men dan het *eigenlijk* derde verzet zou moeten noemen, ook langs anderen weg, het van het vonnis gevreesde nadeel kan worden opgeheven. Ik ben het in dit opzicht eens met TISSIER en geloof met hem, in strijd met een door hem n°. 54 besproken arrest van het Hof van Cassatie, dat de schuldeischer, die de onrechtmatige handelingen bestrijden wil, tegen het vonnis dat ze bevestigde en niet tegen de handelingen op zich zelve moet opkomen. Niet omdat de schuldenaar zijne schuldeischers in het geding zou hebben vertegenwoordigd en *daarom* de tegen hem gewezen vonnissen aan zijne schuldeischers kunnen worden tegengeworpen, maar omdat de schuldenaar, niettegenstaande zijne schulden, de beschikking over zijn vermogen behield, en nu over die handelingen procedeerende gehoorzaamheid aan de daarover gewezen vonnissen verschuldigd is. De schuldeischers kunnen derhalve de voldoening aan die vonnissen en de tenuitvoerlegging daarvan niet voorkomen zonder die vonnissen te hebben uit den weg geruimd.

Toch vind ik daarin voor de onderscheiding tusschen *eigenlijk*

en oneigenlijk derde verzet geen voldoenden grond en zou ik niet verder willen gaan dan eenvoudig twee categoriën van gevallen, waarin het derde verzet te pas kan komen, te onderscheiden. Dit komt mij voor alleen in overeenstemming te zijn met de wet en met de aangegeven punten van verschil bij de geheele onderscheiding aangewezen. Ik kan mij volstrekt niet vereenigen met TISSIER wanneer hij ook het onderscheid in toepassing brengt bij de personen aan welke het middel toekomt. Ik laat nu daar het onderscheid door hem gemaakt tusschen eigenlijk en en oneigenlijk verzet door derden, daarin bestaande, dat tot het eerste alleen toegelaten kunnen worden zij die in het geding geroepen hadden moeten zijn, wat natuurlijk in de gevallen dat het derde verzet tegen onrechtmatige handelingen gericht is, in 't geheel niet kan aangenomen worden. Ik heb daaromtrent reeds hierboven het mijne gezegd en vind zelfs een argument tegen het stellen van dit vereischte bij het zg. eigenlijk derde verzet daarin dat het bij 't oneigenlijk niet kan opgaan.

Maar bovendien, — en daarmede komt TISSIER tot het besluit, dat, wat aangaat de personen die bevoegd zijn tot derde verzet het bij de oneigenlijke juist andersom is als bij de eigenlijke — beweert hij dat, bij het oneigenlijke, de derde moet bewijzen dat hij is ayant-cause van een der partijen en dus door haar vertegenwoordigd in het geding. Zoo beschouwt hij de schuldeischers die tegen bedriegelijke verkorting hunner rechten opkomen als in 't geding over die handelingen door den schuldenaar vertegenwoordigd en toch bevoegd om als derde op te treden. „Le dol ou la fraude sont les circonstances qui empêchent de leur faire subir les actes de leur représentant, et, si l'existence en est démontrée par l'exercice de la tierce opposition, les placent pour un instant dans la situation des tiers, celui dont elles sont ayants-cause n'ayant eu mission de les représenter qu'à la condition d'agir de bonne foi." Ik geloof niets van die vertegenwoordiging. Noch de schuldenaar kan gezegd worden den schuldeischer te hebben vertegenwoordigd en evenmin kan men beweren, waarop het dan toch vóór alles zou aankomen, dat van de schuldeischers, die als derden hier opkomen, zou kunnen gezegd worden dat degene dien zij vertegenwoordigen in het geding partij zou zijn geweest. Dat „voor een oogenblik optreden" als derde is ook zonderling, en zou ongeloofelijk schijnen als 't niet uitgevonden moest worden om de vertegenwoordiging van de schuldeischers door den schuldenaar in 't algemeen vol te kunnen houden.

Ik heb bij de bespreking van de personen aan wie het derde verzet toekomt meerdere aangewezen die, ofschoon zij niet gezegd kunnen worden vertegenwoordigers te zijn van een der in het geding opgetreden partijen en op dien grond van het derde verzet niet zouden zijn uitgesloten, toch daarin alleen zouden kunnen triomfeeren, wanneer zij bewijzen, dat er bij eene der partijen ter bevoordeeling van de andere partij en tot hunne benadeeling, van rechtsmiddelen is afgezien of in de vordering zonder behoorlijke verdediging is berust, maar dat het hun niet kan volgen eenvoudig op grond daarvan dat zij de gevolgen van het vonnis ondervinden, wanneer die gevolgen namelijk niet dan een uitvloeisel zijn van de rechtsbetrekking waarin zij staan aan deze uitteraard eigen, inhaerent, is. Zoo zullen, wanneer een der hoofdelijke schuldeischers tegen den schuldenaar heeft geprocedeerd, de andere het nadeelig gevolg van het vonnis alleen dan niet behoeven te lijden, wanneer zij door de wijze waarop door hun medeschuldeischer geprocedeerd werd zijn benadeeld geworden. TISSIER schijnt te meenen, dat het dan even goed is alsof men hun zonder beperking het middel van derde verzet toekende, omdat zij toch wel altijd zullen beweren dat de medeschuldeischer door zijn verzuim in het voeren van 't geding den nadeeligen uitslag van het vonnis heeft veroorzaakt. Maar het is geheel iets anders, of zij zullen hebben te beweren en te bewijzen, dat de medeschuldeischer een laakbaar verzuim pleegde of dat 't voldoende is aan te toonen, dat er nog een of andere grond had kunnen worden aangevoerd om een anderen uitslag aan de zaak te doen geven. Met andere woorden, de benadeeling welke de niet aan 't proces deelgenomen hebbende schuldeischer beweert te lijden, moet het gevolg zijn van eene onrechtmatige daad van den schuldeischer die het geding voerde. Is deze niet te bewijzen, dan moet hij de gevolgen van het vonnis aannemen zooals dit tegen de gedingvoerende partij is gewezen. Als derde is hij niet te weren, maar de benadeeling moet een bijzonderen grond hebben. Zie hierboven bl. 391. Hetzelfde geldt voor een vonnis tegen een der hoofdelijke schuldenaren en voor een vonnis tusschen schuldeischer en hoofdschuldenaar gewezen ten aanzien van den borg. Als die hoofdelijke schuldenaar en die borg geen bijzonderen grond voor hunne benadeeling kunnen aanvoeren, zal het verzet dat zij als derden hebben hun niet baten. Zie hierboven bl. 394 en 395. Niet anders is het met de ondeelbare verbintenissen. Zie bl. 397. Ook de legataris

is derde in het geding tusschen de erfgenamen over de geldigheid van het testament gewezen, maar wanneer hij dientengevolge zich van zijn legaat verstoken ziet, dan wordt dit nadeel hem niet door het vonnis als zoodanig berokkend, maar het vloeit eenvoudig daaruit voort dat zijn recht afhankelijk is van dat des testamentairen erfgenaams en dientengevolge met diens recht staat en valt. En nu moet het ook vallen als des erfgenaams recht door een vonnis ophoudt te bestaan. Alweder dus een derde die niet kan worden toegelaten met het beweren van door het vonnis nadeel te hebben geleden. Zie bl. 398.

Wij hebben hier nu nog alleen, buiten de gevallen van bedrog, enz. op gevallen gewezen waarin geene benadeeling kan in aanmerking komen, maar wanneer zal dit dan wèl het geval kunnen zijn? Alle gevallen a priori te behandelen of alleen maar aan te wijzen, ware ondoenlijk. Doch de bespreking van enkele, die reeds bij de aanwijzing van de personen aan wien het middel toekomt ons bezig hielden, moge tot toelichting voldoende zijn.

Het is nauwelijks te betwijfelen of derde is de rechtsopvolger onder bijzonderen titel wiens rechtsvoorganger een geding bleef voeren, en daardoor beschikte over een goed dat hem niet meer toebehoorde. Werd nu het vonnis in zijn nadeel uitgewezen, het zou dien rechtsopvolger juist omdat hij derde is en het derhalve tusschen andere partijen gevoerd werd, niet aangaan. Hoe kan hij dan beweren door dat vonnis in zijne rechten benadeeld te zijn? Is de rechtsopvolger werkelijk eigenaar van het goed geworden, dan zal hij immers zijn recht ook tegenover de bij 't vonnis in het gelijk gestelde partij kunnen handhaven! Toch is het vonnis in strijd met het door hem beweerde recht en wordt althans de onmiddellijke uitoefening daarvan hem door het vonnis onthouden. Nu moge in abstracto voor hem het verzet tegen het vonnis een middel zijn dat hij kon missen, wanneer hij begrijpt dat het hem op meer geschikte wijze tot zijn recht zal helpen, kan hij het aanwenden. Hem mag niet worden tegengeworpen: het vonnis gaat u niet aan; hij antwoordt: bij het vonnis wordt eene beslissing gegeven betreffende eene zaak waarop mij een uitsluitend recht toekomt en, als ik dit bewijs, kan het ten behoeve van de in het gelijk gestelde partij geen stand houden te mijnen nadeele. Dat beöogt juist het derde verzet. Vooral nu ook in een geval als wij hier bespreken de schorsing van

het aangevallen vonnis kan worden bevolen (art. 379 anders 478 C. de pr.), kan de derde meer baat vinden in het derde verzet dan in eene eenvoudige revindicatie, waarbij hij, om het gebruik van het goed door den bij 't vonnis in 't gelijk gestelden eischer te voorkomen, nog tot sequestratie zijn toevlucht zou moeten nemen. Maar zelfs, al wordt de uitvoering van het vonnis niet geschorst door den rechter, kan nog het derde verzet hem aannemelijker voorkomen, omdat dan toch, bij verbetering van het vonnis, de derde in dien toestand zal moeten worden geplaatst waarin hij zou geweest zijn indien onmiddellijk op den door hem ingestelden eisch werd recht gedaan en de uitvoering aan het vonnis desniettemin gegeven mag hem dus geen nadeel toebrengen. Het gezegde is toepasselijk in het algemeen op het geval, waarin een derde beweert eigenaar te zijn van een onroerend goed dat, bij een vonnis gewezen in een tusschen andere partijen buiten hem om gevoerd geding, aan een dier partijen is toegewezen. Min juist zegt echter Garsonnet, III § 466 n[t] 1 p. 243, in verband met V § 1166 p. 759 sub 2[o]., van de vonnissen die over den eigendom van eene zaak beslissen: „Ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers et quiconque n'y a pas été partie est admis à prouver qu'ils ont déclaré propriétaire une personne qui ne l'est pas, mais ils font foi de leur existence même *erga omnes* et ceux qui les obtiennent peuvent s'en prévaloir même à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties, à moins que ceux-ci n'en prouvent la fausseté en s'inscrivant en faux, n'en démontrent le mal jugé en les contestant au fond ou en invoquant à l'encontre une possession suffisante pour conduire à la préscription." Wanneer hij althans t. a. p. § 1166 dit toepast op een derde die beweert eigenaar te zijn, zoodat deze bij een verzet door derden het een of het ander dier beweringen zou kunnen voeren om daarin te slagen, dan kan ik dat niet toestemmen. Het moge al waar zijn dat de vonnissen, evenals de authentieke akten, tegenover derden volkomen bewijs opleveren van het feit dat de daarin vervatte uitspraak is gegeven, ook zal hij die bij het vonnis erkend werd eigenaar te zijn, al is hij dit slechts verklaard tegenover de partij in het geding, in het vonnis een afdoenden grond vinden om zich ook tegenover derden als eigenaar te gedragen en zal hij moeten wijken voor hem die eenvoudig die hoedanigheid betwist, wanneer deze de ongeldigheid van den titel bewijst dien het vonnis hem verschaft. Maar wanneer de derde tegen het vonnis

opkomt omdat hij zelf beweert eigenaar te zijn, dan komt het voor hem die bij dat vonnis als eigenaar tegenover een ander werd erkend niet te pas om zich op dat vonnis te beroepen en de derde zal tot het bewijs van de ongeldigheid van dat vonnis of het mal jugé niet worden toegelaten. Want hij heeft het bewijs te leveren dat hem de zaak toekomt. Wat GARSONNET V, p. 749 sub 3°. van den verhuurder zegt dat het vonnis, waarbij een derde zich in een geding tegen den huurder, buiten den verhuurder om, tot eigenaar der verhuurde zaak werd verklaard, dat dit vonnis aan den verhuurder niet kan tegengeworpen worden als gewijsde over den eigendom is volkomen juist, maar waarom dit anders zou zijn in het straks besproken geval is mij niet duidelijk.

De verhuurder, wiens onroerend goed in een tegen den huurder, buiten hem om, gevoerd geding aan een derde in eigendom is toegewezen, verliest daardoor den eigendom niet. De uitwinner is door dat vonnis alleen tegenover den huurder als eigenaar erkend en de verhuurder-eigenaar behoudt alzoo de hem toekomende revindicatie. Ten aanzien van het vonnis is hij derde en als zoodanig tot derde verzet tegen het vonnis gerechtigd. Welk nadeel berokkent hem dat vonnis, dat hij door het derde verzet hersteld zou kunnen krijgen? De huurder wordt door het vonnis verplicht de zaak aan den uitwinner uit te keeren. Hij houdt alzoo de zaak vanaf het vonnis voor dien uitwinner. Maar dan is daardoor ook de verhuurder gestoord in het bezit dat hij tot dusver door den huurder uitoefende. De verhuurder kan alzoo zoowel, wegens uitgebreide stoornis in zijn bezit, met eene bezitsactie als met eene revindicatie zijn recht handhaven. Doet hij dit nadat het vonnis is uitgevoerd en de huurder de zaak voor den uitwinner heeft ontruimd, dan heeft hij met het tusschen anderen gewezen vonnis niet te maken; doet hij het evenwel vóór dien tijd, dan kan hij met het derde verzet en dit grondende op zijn recht van bezit of op zijn recht van eigendom, het vonnis doen vernietigen om den huurder te doen ontheffen van de hem daarbij opgelegde verplichting om de zaak aan een ander uit te keeren. Langs dezen weg zal de verhuurder ook feitelijk de tusschen hem en den huurder bestaande betrekking kunnen handhaven. Dit schijnt ook de meening te zijn van GARSONNET V, p. 749 i. f. als hij zegt: „Primus a loué à Secundus une maison dont Tertius se dit et se fait déclarer propriétaire: s'il s'en fait mettre en possession, Primus, à qui ce jugement n'est pas opposable en

tant que chose jugée sur la propriété, devra revendiquer contre Tertius et assumer ainsi la charge de la preuve au lieu qu'en formant tierce opposition il pourra faire ordonner que Secundus restera provisoirement dans les lieux et continuera à posséder pour son compte." Het is wel de vraag, of de fransche Code, die in art. 478 de schorsing van het vonnis in een geval als dit schijnt te verbieden, daarmede overeen te brengen is. Maar om op grond ook van die omstandigheid het derde verzet te beschouwen als een middel in de hand des verhuurders om het uitgevoerde vonnis te doen vernietigen en langs dien weg de zaak te doen terugbrengen in handen van den verhuurder, zooals BOITARD en COLMET-DAÂGE beweren, dit blijf ik onjuist achten, gelijk ik in mijne verhandeling in Rechtsg. Magazijn 1888, bl. 591, meen aangetoond te hebben. Ook GLASSON heeft in zijne uitgave van BOITARD-COLMET-DAÂGE op deze hunne meening recht gedaan. Zie TISSIER p. 90.

De niet in vrijwaring geroepen verkooper heeft de gelegenheid gemist om den kooper in het geding tegen den de verkochte zaak uitwinnenden eischer te steunen. Hij had dan zijne voeging zelfs zóóver mogen uitstrekken dat hij de zaak van den kooper overnam. Hem kan natuurlijk niet worden tegengeworpen: gij hadt de bevoegdheid u te voegen, nu gij dit niet deedt kunt gij niet in derde verzet komen, want uwe verplichting om den kooper te vrijwaren krijgt haar beslag door diens veroordeeling om de zaak uit te keeren. Immers moest de kooper aan den verkooper de gelegenheid verschaffen om zich te voegen door hem in vrijwaring op te roepen. En welken invloed heeft nu het vonnis op des verkoopers verplichting tot vrijwaring? De verplichting ter zake van uitwinning houdt op, indien de verkooper bewijst dat er genoegzame gronden aanwezig waren om den eisch te doen ontzeggen (art. 1539 B. W.). Is dan de verkooper juist door het vonnis niet in voordeeliger toestand gekomen, bezorgt het hem niet ontslag van zijne verplichting tot vrijwaring? Meer in naam dan inderdaad! Want hij moet daartoe bewijzen te hebben kunnen doen, wat hij, in het geding tot uitwinning geroepen, had moeten doen. Hij is dus zoo ongeveer in dezelfde positie gebleven. Zou hij evenwel niet kunnen beweren ten aanzien van zijne verplichting tot vrijwaring in eenigszins slechter conditie te zijn gekomen? En als dit het geval is, zal 't natuurlijk niet afdoen dat de wet in art. 376 spreekt van benadeeling in zijne RECHTEN, terwijl hier eene verzwaring van een verplichting

zou zijn. Daartoe is die uitdrukking: „benadeeling in zijne rechten" waarlijk algemeen genoeg. Zal hij dan niet in slechter toestand kunnen komen, nu hij het bewijs dat hij beweert te hebben niet in 't geding heeft kunnen aanvoeren, en het den kooper zal vrijstaan, door zijn eisch tot vrijwaring zoolang mogelijk uit te stellen, hem het bewijs moeilijker te maken? Dit zou inderdaad een afdoende reden zijn om hem tot derde verzet tegen het vonnis toe te laten. Maar er is eene andere reden, waarom hij zijn doel met het derde verzet niet zou kunnen bereiken. Dit zou toch, om hem te helpen, ten gevolge moeten hebben dat het vonnis omtrent de uitwinning gewezen vernietigd werd en dit zou weder daarom niet kunnen, omdat dan het door den triomfeerenden uitwinner verkregen vonnis, dat tegen den kooper in kracht van gewijsde is gegaan, desniettemin zou worden vernietigd en dit inderdaad zou geschieden op grond dat de kooper in zijn bewijs was te kort geschoten en hij dit nu nog, nadat hij onherroepelijk werd veroordeeld, met behulp des verkoopers zou aanvullen. Het vonnis dat tusschen den uitwinner en den kooper tot waarheid was geworden mag niet, om een door dezen begaan verzuim, zijne kracht verliezen ten bate van hem kooper, tot nadeel van dengene die langs wettelijken weg zijn proces had gewonnen, om den verkooper te beter te verzekeren een recht dat hij langs anderen weg kan handhaven. Het middel in het derde verzet hem gegeven zou eens anders wettig verkregen recht vernietigen en zijn doel verre voorbijstreven. Men zegge toch niet, dat het recht des koopers, dat nu werkelijk bleek te bestaan, boven het formeel recht des uitwinners de voorkeur verdient. Ik antwoord, dat hier, evenals in andere gevallen, de rechtszekerheid eischt dat het formeele recht door het vonnis gevestigd gehandhaafd blijve en allerminst verdient in twijfel te worden getrokken ten bate eens koopers die 't nadeel dat hij ondervindt aan eigen schuld heeft te wijten. Wil de verkooper zijne bewijzen doen gelden, zoo krachtig als zij nu zijn, dan kan hij dit alleen doen door den kooper, wegens diens verzuim van hem op te roepen, aan te spreken zich van zijne verplichting tot vrijwaring jegens hem te doen ontheffen door te bewijzen dat er genoegzame gronden aanwezig waren om den eisch te doen ontzeggen, al kunnen die nu, en dat heeft de kooper zich zelven te wijten, niet meer worden aangevoerd.

Wat nog andere gevallen aangaat, waarin een derde kan beweren in zijne rechten benadeeld te zijn en op grond daarvan tegen het

hem benadeelend vonnis het middel van derde verzet kan gebruiken verwijs ik naar GARSONNET V § 1166 p. 747—750. Tot nadere verklaring van den tekst vestig ik nog alleen de aandacht op de gevallen, dat hij die mij eene onroerende zaak verkocht, zich in een door een derde tegen hem ingestelde vordering, tot bezwaardverklaring van mijn erf met eene dienstbaarheid, liet veroordeelen; van eene hypothekaire inschrijving is doorhaling bij vonnis bevolen buiten den rechthebbende om, deze kan door zich als derde tegen het vonnis te verzetten, den hem toekomenden rang terug bekomen; een in pand gegeven goed wordt door een derde opgevorderd en dezen bij vonnis toegewezen, de pandgever kan door de uitlevering van de zaak krachtens dit vonnis nadeel ondervinden.

§ 191. PERSONEN TEGEN WIE HET VERZET WORDT INGESTELD; VONNISSEN DAARAAN ONDERHEVIG; STREKKING VAN HET MIDDEL.

Tegen wie? Het verzet wordt ingesteld tegen hen die in het geding, waarin het bestreden vonnis werd gewezen, partijen zijn geweest.

Wanneer een derde zich verzet tegen een tusschen andere partijen gewezen vonnis om daaraan zijn bindende kracht te ontnemen, hetzij dan geheel of gedeeltelijk, dan ligt het zoozeer voor de hand dat de vordering moet worden ingesteld tegen hen, die door het vonnis gebonden zijn, dus tegen hen die partij waren in het geding waarin het vonnis werd gewezen, dat de fransche wetgever het niet eens noodig achtte aan te wijzen, tegen wien het verzet moest worden gericht. De vernietiging van het vonnis zal toch het voordeel, hetwelk daarbij aan eene der partijen wordt toegekend, doen vervallen en de andere partij van de erkenning van en de voldoening aan het recht van den tegenstander jegens dezen althans ontheffen. Wanneer de wetgever in art. 377 spreekt „van alle de partijen tusschen welke het vonnis is gevallen", dan schijnt hem dit ingegeven te zijn door de melding, welke in art. 376 gemaakt wordt van tusschenkomende en gevoegde partijen. Een derde zal niet alleen de hoofdpartijen, maar ook hen die als tusschenkomende of gevoegde partijen in het geding zijn opgetreden, hebben te dagvaarden. Het stilzwijgen van den Code gaf den uitleggers evenwel aanleiding om te onderscheiden. Zoo wil MOURLON, Répét. écrites n°. 663, wel tegen beide partijen geageerd hebben, wanneer het derde verzet op eene beweerde

collusie tusschen partijen gegrond is, maar overigens alleen dan tegen beide, indien het vonnis niet is uitgevoerd. Was het vonnis uitgevoerd, dan acht hij dat het alleen gericht moet worden tegen hem die het vonnis heeft verkregen. CARRÉ Q. 1726 acht dit niet twijfelachtig en CHAUVEAU noemt het eene „solution évidente", ook voor het geval dat het derde verzet de strekking niet heeft om de uitvoering van het vonnis te beletten. Zie ook TISSIER n°. 172. Niet anders denkt daarover GARSONNET n°. 1160. Deze schrijver acht het zelfs „en principe inutile et par conséquent frustratoire de mettre en cause la partie contre laquelle le jugement a été rendu", want, voegt hij er bij, „elle ne contestera certainement pas une demande qu'elle a tout intérêt à voir réussir." En dan maakt hij het geval dat het vonnis nog niet werd uitgevoerd en dat van collusie tot uitzonderingen op den regel dat de tegenpartij niet behoeft te worden opgeroepen. De nauwgezetheid van onzen wetgever, die hem van de partij tegen wie het derde verzet moet worden ingesteld deed spreken, maakte dat hij te algemeenen regel stelde. Mocht hij evenwel met de uitdrukkelijke vermelding van alle partijen zich tegen het gevoelen der fransche schrijvers hebben willen verklaren en hunne onderscheiding hebben willen uitsluiten, dan valt het te betwijfelen of hij zich hier terecht zelfstandig betoonde. Zeker is het, dat de wet ons verbiedt eenige onderscheiding omtrent dit punt te maken. Indien men evenwel mag aannemen dat het verzet uit zijn aard niet is toegelaten, wanneer aan het vonnis uitvoering werd gegeven, gelijk ik straks zal betoogen, dan zou de eerste uitzondering door GARSONNET gemaakt van zelf vervallen. Niet met het derde verzet zal dan tegen de eene partij worden geageerd maar met de zelfstandige actie welke de derde aan zijn recht ontleent.

Geen vonnis hetwelk de rechten van derden benadeelt is aan het derde verzet onttrokken.

Welke vonnissen aan d. v. onderworpen.

Van benadeeling kan evenwel geen sprake zijn met opzicht tot vonnissen welke door hun aard of door de bepaling der wet voor derden verbindend zijn, tenzij door dergelijke vonnissen eene opzettelijke benadeeling plaats had.

Het doet niet af, of het vonnis al of niet in gewijsde is gegaan, of het bij verstek of op tegenspraak of ook in cassatie werd gewezen, in

hooger beroep of in eersten aanleg, of het een definitief of een interlocutoir vonnis zij.

Wanneer de beweerde benadeeling alleen kan worden verholpen door de uitvoering van het vonnis te beletten, dan wordt het verzet uitgesloten nadat het vonnis is uitgevoerd.

Beschikkingen op verzoekschrift buiten eigenlijk geding gewezen (vrijwillige rechtspraak) kunnen door het middel van derde verzet niet worden bestreden.

Dat als regel moet gelden, dat geen vonnis hetwelk de rechten van derden benadeelt aan het derde verzet is onttrokken, volgt duidelijk genoeg uit de bepaling van art. 376, welke in zeer algemeene bewoordingen is vervat. Doch eene beperking van dien regel vloeit noodzakelijk daaruit voort, dat de derde met grond moet kunnen beweren dat hij door het vonnis in zijne rechten is benadeeld. Al is nu het vonnis tusschen andere partijen hem nadeelig, hij kan zich daar niet tegen verzetten, wanneer uit den aard van zijne rechtsbetrekking voortvloeit dat het tusschen anderen gewezen vonnis daarop invloed moet hebben, wat op onderscheiden wijzen kan plaats hebben, gelijk ik dit op bl. 402 en vv. aanwees. Dan brengt de aard van het vonnis, het recht of de rechtsbetrekking waarover het uitspraak deed mede, dat ook anderen daarvan de gevolgen ondervinden, en wanneer de wetgever, zooals in art. 1957 B. W. een vonnis van kracht verklaart tegen elk en een iegelijk, dan worden die „elk en een iegelijk", wat de gevolgen van het vonnis betreft, met partijen gelijk gesteld en kunnen zij niet beweren als derden door dat vonnis benadeeld te zijn. Zoo kunnen ook de schuldeischers van een gefailleerde niet opkomen tegen het vonnis waarbij een akkoord werd gehomologeerd, al zijn zij in het faillisement niet opgekomen of buiten behandeling van het akkoord gebleven. Art. 157 faillissementswet. In dit geval wordt zelfs, en terecht, die verbindende kracht aangenomen, al mochten die schuldeischers kunnen bewijzen dat het akkoord met behulp van oneerlijke middelen is tot stand gekomen. Hun was de gelegenheid geopend om vroeger tegen de homologatie van het akkoord op dien grond op te komen. Zie art. 153 en 154 faillissementswet. Verg. Lebret bl. 28 en de daar aangehaalde dissertatie van G. F. Dijkers, waartegen Mr. A. de Pinto in Themis

VIII, p. 142. In de andere bovenbedoelde gevallen zal grof verzuim in de verdediging aan derden, die anders door het vonnis gebonden zouden zijn, het recht moeten doen toekennen om met het middel van derde verzet op grond van die bedriegelijke handeling het vonnis te bestrijden, waarop ik eveneens wees op bl. 413.

Eenstemmigheid bestaat er bij de schrijvers omtrent de toelating van het derde verzet zonder onderscheid van den aard van het vonnis. Zie TISSIER n⁰. 68, GARSONNET § 1156. Levendig wordt er alleen in Frankrijk gestreden over de vraag, of ook de arresten van het Hof van Cassatie aan derde verzet onderhevig zijn. Het Hof van Cassatie verwierp de toelating van het middel tegen zijne arresten bij een arrest van 17 Januari 1870, dat uitvoerig bestreden wordt door TISSIER n⁰. 67, met wiens gevoelen GARSONNET § 1156 zich vereenigt. Wanneer de Hooge Raad in cassatie nimmer ten principale recht sprak, dan zouden de gevallen waarin van een derde verzet sprake kon zijn, zeker hoogst zeldzaam wezen, doch daarmede ware de toelaatbaarheid van het derde verzet voor die hoogst zeldzame gevallen niet uitgesloten. Nu evenwel de Hooge Raad krachtens art. 105 R. O. ook de hoofdzaak kan beslissen, kan even goed zijn arrest als dat van een lageren rechter derden benadeelen in den zin van art. 376, en eene uitzondering voor de arresten in cassatie gewezen zou alzoo bij ons niet gerechtvaardigd zijn. Het moet ook daar bij den regel van art. 376 blijven. De nadere voorziening, welke art. 105 R. O. uitsluit, kan, dunkt mij, alleen op eene voorziening van partijen slaan.

Het derde verzet was oorspronkelijk een verzet tegen de executie van een vonnis. Of het tengevolge van zijne samensmelting met het verzet tegen vonnissen ter benadeeling van schuldeischers (Pauliana) verkregen, tot een middel tegen dat vonnis zelf gericht is geworden, laat ik daar. Zeker is het, dat het verzet in deze laatste rubriek van gevallen ook tegen het uitgevoerde vonnis moet gegeven worden, dewijl daardoor de benadeeling eerst recht in vervulling komt. In andere gevallen moet het verzet door de vernietiging van het vonnis, waartegen het naar de wet zeker gericht is, de uitvoering daarvan voorkomen. BIGOT PRÉAMÉNEU kon daarom naar het wezen der zaak het derde verzet terecht noemen „une intervention pour arrêter ou prévenir l'exécution d'un jugement", al had hij zich nauwkeurig willende uitdrukken moeten zeggen, gelijk TISSIER p. 43 opmerkt „c'est une voie de recours donnée contre les jugements dont

l'exécution pourra nuire aux tiers opposants." Zie aldaar ook aant. 2. Daarmede staat ook in verband de in art. 379 aan den rechter toegekende bevoegdheid om de uitvoering van het aangevallen vonnis te schorsen. Verzet tegen de tenuitvoerlegging, wat het derde verzet aanvankelijk was, ware te beperkt omdat daarbij eene gedwongen tenuitvoerlegging ondersteld wordt. Wanneer een derde beweert eigenaar te zijn van eene zaak die op de vordering van A. tegen B. aan A. is toegewezen, dan kan ik in de uitoefening van mijn eigendomsrecht alleszins benadeeld worden, als B. de zaak aan A. uitlevert, dewijl er voor mij meer zekerheid kan bestaan dat ik de zaak van B. dan van A. kan terugkrijgen (verg. DE PINTO II, 1. bl. 507). Het vonnis zal alzoo door de uitvoering die er aan gegeven wordt mij in mijn eigendomsrecht benadeelen. Maar wanneer het eens is uitgevoerd, dan is dit nadeel door een verzet tegen het vonnis niet meer te herstellen, terwijl het verzet, vóór de uitvoering van het vonnis ingesteld, het nadeel kan opheffen door te bewerken dat de zaak in het bezit van B. blijft. Het middel van verzet kan alzoo, na de uitvoering, het nadeel dat het vonnis mij berokkende niet verhelpen en terwijl het door de wet gegeven wordt om dit te doen, verliest het dan noodzakelijk zijne toepassing. Te vergeefs wordt inderdaad een rechtsmiddel aangewend, waarmede het doel tot hetwelk de wetgever het gaf, niet bereikt kan worden. Ook bedenke men dat de veroordeelde partij welke aan het vonnis voldeed, niet meer ontheven kan worden van de verplichting haar door het vonnis opgelegd, dewijl die reeds door de uitvoering welke zij er aan gaf, werd opgeheven. In dezen zin oordeelde het Hof van Utrecht bij arr. van 25 Maart 1859 vermeld in v. OPPEN's Paricrisie, Verzet door derden n°. 6. Het Hof beriep zich evenwel ten onrechte op het gevoelen van de fransche rechtsdoctoren, als zou door dezen worden geleerd dat een verzet door derden tegen een ten uitvoergelegd vonnis niet denkbaar zou zijn. PIGEAU moge dit gevoelen verdedigd hebben, maar hij heeft daarin geen volgers gehad. TISSIER verklaart met zoovele woorden, dat het door PIGEAU verdedigd gevoelen verlaten is geworden n°. 47, p. 85 (zie ook n°. 162). Het komt mij evenwel voor dat hij, evenals GARSONNET § 1157, te veel zich laat leiden door de overweging, dat het ingeval van opzettelijke benadeeling stellig moet toegestaan zijn. Dit laatste is ook mijn gevoelen, maar 't verschil tusschen den werkelijken grond van het verzet in dit geval en in de andere is te groot om tot de algemeenheid van den regel

te doen besluiten. Verg. over de vraag, of een ten uitvoergelegd vonnis naar de wet voor verzet door derden vatbaar is, overigens door onze juristen niet besproken, LEBRET bl. 29 vv.

Wanneer evenwel een derde in verzet komt tegen een vonnis op grond dat hij daardoor, of wel door de daaraan tot grondslag liggende handeling der partijen, in zijn rechten is verkort, dan kan met de vernietiging van het vonnis de handeling zelve vernietigd worden en deze zal de krachtens vonnis uitgevoerde handeling eveneens treffen. Art. 247 B. W. kent met zoovele woorden aan de schuldeischers van den man het middel van derde verzet toe tegen het vonnis waarbij scheiding van goederen tusschen den man en zijne vrouw werd uitgesproken, zelfs al ware het reeds ten uitvoer gelegd, indien hunne rechten daardoor opzettelijk mochten verkort zijn. En dit volgt in deze gevallen in 't algemeen daaruit, dat, gelijk ik vroeger opmerkte, hier eigenlijk niet het vonnis maar de onrechtmatige procesvoering of de bedriegelijke handeling het wezenlijk voorwerp van de bestrijding is. Daarmede heb ik nader verklaard wat ik in den tekst schreef: „Wanneer de beweerde benadeeling alleen kan worden verholpen door de uitvoering van het vonnis te beletten, wordt het verzet niet-ontvankelijk, nadat het vonnis is uitgevoerd."

Ofschoon de vrijwillige rechtspraak buiten dat gedeelte van de rechtspleging valt, 't welk ik dit werk behandel, wil ik toch met een enkel woord mijn gevoelen mededeelen omtrent de ook bij ons in verschillenden zin beantwoorde vraag, of het derde verzet op dergelijke beschikkingen toepasselijk is. Nu komt het mij niet twijfelachtig voor dat artt. 376 en 377 het alleen toelaten ten aanzien van vonnissen in rechtsgedingen bewezen. Niet omdat eene beschikking op een verzoekschrift niet onder de benaming van vonnis zou kunnen worden begrepen, maar de eigenlijke beteekenis van vonnis sluit eene beschikking buiten rechtsgeding uit. Zie Dl. II, bl. 169. Desnoods zou men hier toch vonnis in een algemeene beteekenis kunnen verstaan. Ook niet omdat van derden gesproken wordt en daarbij twee andere, dus twee partijen worden ondersteld. Ook waar door één persoon eene handeling verricht wordt die anderen niet aangaat, pleegt men van derden te spreken. Is het niet een zeer gewone uitdrukking om te zeggen dat eene zakelijke rechtsvordering tegen iederen derde kan worden ingesteld? Maar het ver-

band, waarin hier van derden en van vonnis wordt gesproken, laat nauwlijks twijfel toe of beschikkingen op verzoekschrift buiten rechtsgeding zijn uitgesloten. Uit art. 376 blijkt toch duidelijk dat het vonnis in een rechtsgeding moet zijn gewezen en dat derden zijn zij die in dat rechtsgeding geen partij zijn geweest, terwijl art. 377 dit bevestigt door te spreken van den rechter die het vonnis wees en dat vonnis moet gevallen zijn tusschen partijen. Dat alles kan alleen van contentieuse, niet van vrijwillige rechtspraak gezegd worden.

Het middel zou dus alleen bij analogie toegepast kunnen worden. Maar is analogie aannemelijk voor de toepassing van rechtsmiddelen die haar bestaan uitsluitend aan de wet ontleenen en dan nog wel bij een rechtsmiddel dat, al wordt het door den wetgever niet meer als zoodanig gequalificeerd, nog altijd het karakter van een buitengewoon rechtsmiddel heeft? Wanneer eens vaststaat dat een rechtsmiddel bij de wet is toegelaten, zonder dat de wetgever nader heeft geregeld de wijze waarop het in toepassing wordt gebracht, dat men dan zich gerechtigd acht om voor die toepassing eene analogie te zoeken in de bepaling omtrent de toepassing van een verwant rechtsmiddel gemaakt, laat zich hooren; maar een rechtsmiddel bij analogie uit te breiden buiten de grenzen door de wet daaraan gesteld acht ik ongeoorloofd. Ook met opzicht tot de artt. 474 en 475 C. de pr. civ. acht ik onjuist de overweging van den Hoogen Raad in een arrest van 2 Februari 1849 W. 993 voorkomende, dat de bevoegdheid tot derde verzet algemeen is toegekend en dat er, om haar niet ten aanzien van beschikkingen op verzoekschrift te erkennen, eene uitzondering door den wetgever zou gemaakt moeten zijn; want stellig zeker zijn de artikelen van ons Wetboek in beperkten zin gesteld. Bij ons wordt alleen door PÉNNINCK op art. 376 een tegenovergesteld gevoelen verdedigd tegen DE PINTO en OUDEMAN. Verg daartegen ook weder Mr. A. OUDEMAN in Opmerk. en Meded. betr. het Ned. recht IX (1853) bl. 240. Eene van het hier verdedigde gevoelen afwijkende rechterlijke uitspraak is mij in onze rechtspraak niet voorgekomen. Wel werd in overeenstemming daarmede geoordeeld door het Hof van Zuidholland 5 April 1843 W. 389. Bij de Franschen zijn schrijvers en jurisprudentie verdeeld. Zie daarover TISSIER n°. 83 vg. De ontwerper van 1865 meende het derde verzet in het hier besproken geval te moeten toelaten en nam daarover eene bepaling in de wet op. Zie tit. II, art. 4 en de toelichting op bl. 176.

Volgens art. 10 der faillissementswet (verg. art. 791 voorl. lid K. en 887 § 2 B. R.) wordt aan elk schuldeischer met uitzondering van hem die de failIietverklaring heeft verzocht (niet echter aan alle belanghebbenden) recht van verzet toegekend tegen de faillietverklaring. Dit middel van verzet gelijkt wel op het verzet door derden, in zoover daarvan uitgesloten wordt de schuldeischer die de faillietverklaring heeft verzocht en alzoo als partij beschouwd wordt. Zoo komt het alleen aan derden, doch ook uitsluitend aan die schuldeischers toe, buiten welke de faillietverklaring omging doch voor wie die faillietverklaring, als een nieuwen rechtstoestand scheppende, verbindend is. Ook zal de schuldeischer voor zijn verzet wel daarin aanleiding vinden dat die faillietverklaring zijne rechten zal kunnen benadeelen, maar hij zal dezen grond voor zijn verzet niet hebben aan te voeren, veel minder te bewijzen. Hij zal eenvoudig hebben aan te toonen dat er geen grond voor de faillietverklaring aanwezig is. Let men nu nog verder op den korten termijn (acht dagen na den dag der uitspraak) binnen welken den schuldeischer het recht van verzet wordt gegund, dan moet men wel tot het besluit komen dat hier geene toepassing van het derde verzet van art. 376 plaats heeft, maar dat het hier hoogstens geldt een middel dat, op 't voorbeeld daarvan, op het hier voorkomend bijzonder geval pasklaar is gemaakt. Zoo kon wellicht de Rechtbank van Amsterdam bij vonnis van 14 Juni 1889 n°. 5778 met recht beweren dat het derde verzet tegen eene faillietverklaring als derde verzet volgens art. 377 B. R. bij dagvaarding moest worden aangebracht De uitdrukkelijke bepaling in art. 10 § 2 der faillissementwet opgenomen, sluit thans ook deze analogie uit. Tot toelichting en om het bijzonder karakter van beide middelen te doen uitkomen kan men wel het verzet van art. 10 met dat van 376 vergelijken, gelijkstelling gaat echter in 't geheel niet op. Allerminst mocht dan ook PENNINCK bl. 109 uit de bepaling van art. 791 K. de gevolgtrekking maken dat het verzet door derden in het algemeen op beschikkingen op verzoekschrift toepasselijk zou zijn.

Het verzet heeft de strekking om in het vonnis, waartegen het gericht is, wijziging te brengen, voorzoover het de rechten van den derde benadeelt of het geheel te doen vernietigen, indien de onsplitsbaarheid der gevallene uitspraak dit noodzakelijk maakt. Art. 380. Strekking.

Dit is de inhoud van art. 380 dat de strekking van het rechts-

be[illegible] aangeeft door te bepalen wat de rechter te bevelen *of te doen* heeft als hij het verzet gegrond acht. De redactie ware juister geweest wanneer de wetgever had gezegd: Indien het verzet door den rechter gegrond wordt bevonden, wordt het vonnis enz. in plaats van de min gewone en ook min juiste uitdrukking van w e t t i g i n g v a n h e t v e r z e t te gebruiken. Zie ook Ontwerp tit. II, art. 6. Wanneer men bedenkt dat het derde verzet zijn grond vindt in het nadeel, hetwelk een tusschen anderen gewezen vonnis, aan het recht van een derde toebrengt, dan kan men daaruit afleiden dat het ook alleen voor dezen derde gevolg moet hebben, en als het gegrond bevonden wordt het gevolg moet hebben dat het daaruit voor hem ontstaande nadeel worde opgeheven. Daar het middel geen inbreuk wil maken op de verbindende kracht die het vonnis heeft tusschen partijen, moet het ook deze ongeschonden bewaren, tenzij het nadeel voor den derde niet dan door in de verhouding tusschen de partijen wijziging te brengen, kan worden opgeheven. Daartoe kan eene wijziging in het vonnis voldoende zijn, maar indien dit door de ondeelbaarheid van den door het vonnis bevestigden toestand niet mogelijk is, dan zal het vonnis vernietigd moeten worden. Ik spreek hier liever van w ij z i g e n dan van v e r b e t e r e n omdat het vonnis, zooals het tusschen partijen is gewezen geene verbetering behoeft en de rechter het alleen met het oog op partijen te wijzen had en op mogelijke rechten van derden niet had te letten.

Eene verandering in het vonnis, dat alleen bestemd was om te verklaren wat t u s s c h e n p a r t ij e n recht is, wordt daarom minder correct eene v e r b e t e r i n g genoemd, dewijl zij voor die partijen geene verbetering beöogt. De Code had de bepaling van art. 380 niet, doch algemeen werd de strekking van het derde verzet in denzelfden zin opgevat, al bestaat er verschil in of over de toepassing. GARSONNET geeft in § 1165 onder letter B (bl. 743) de gedachte zeer juist terug. „Le jugement qui admet la tierce opposition annule celui contre lequel cette action a été intentée en tant qu'il porte préjudice au demandeur et dans la mesure de l'intérêt de ce dernier, car sa tierce opposition n'a remis la chose jugée en question que dans les chefs qui lui sont et dans la mesure où ils lui sont préjudiciables", en voorts op bl. 744: „Il faudrait pour qu'il en fût autrement que les divers chefs du jugement ou la situation par lui créée fûssent tellement indivisibles que le jugement attaqué ne pût tomber ou subsister qu'en totalité". Onze Regeering bedoelde dit

zeker ook toen zij tot toelichting van art. 380 schreef: „Bij dit art. heeft men zooveel mogelijk, voor het behoud van den regel res inter alios acta, enz. gezorgd, en de geheele vernietiging van een vonnis mitsdien beperkt tot het geval der onsplitsbaarheid van de gevallen uitspraak". v. d. Honert op § 380, blz. 422.

Wanneer dan een huurder zich op eene tegen hem door iemand die eigenaar van het goed beweert te zijn ingestelde vordering tot uitkeering van het door hem bezeten onroerend goed, mocht hebben laten veroordeelen, zonder zijn verhuurder in het geding te roepen, dan zal de verhuurder zich tegen dat vonnis kunnen verzetten op grond van zijn eigendomsrecht in welks uitoefening hij benadeeld wordt als de huurder zijn goed aan den ander gaat uitleveren. Wordt dan des verhuurders verzet gegrond bevonden, dan moet wel de rechtsband, die het vonnis deed ontstaan tusschen den huurder en hem, die zich als eigenaar van het goed aanstelde, verbroken worden, en het vonnis, dat de uitlevering van de zaak beval, vernietigd worden, opdat de verhouding die er tusschen den huurder en zijn verhuurder, eigenaar, vóór het vonnis bestond, hersteld worde. Het middel van derde verzet is hier abnormaler dan het gevolg dat het heeft ten aanzien van het gewezen vonnis. Want had de verhuurder-eigenaar zijn recht onmiddellijk tegen den bij het vonnis tegenover den huurder tot eigenaar verklaarden persoon doen gelden, het vonnis ware, zonder uitdrukkelijk vernietigd te worden, eveneens van zijn kracht beroofd. Colmet-Dâage beweert dat de buiten het proces gelaten verhuurder alleen op grond daarvan van het derde verzet kan gebruik maken, en bewerende dat het vonnis hem benadeelt, doordien het hem de positie van bezitter ontneemt, het kan doen vernietigen om, tegenover den ten aanzien van den huurder in 't gelijk gestelden eigenaar, weder de positie van gedaagde te kunnen innemen. Dan zou voorzeker de kracht van het gewezen vonnis tusschen partijen vernietigd worden, maar niet op grond van de benadeeling in een bewezen recht, maar op grond van het niet nakomen door den huurder van eene hem opgelegde verplichting, waarmede hij, die als eischer in het geding optrad, niets te maken had. De verhuurder-eigenaar kon in dit geval wellicht even goed met eene actie wegens uitgebreide stoornis in zijn bezit als met de revindicatie tegen den derde, die tegen zijn huurder de zaak uitwon, opkomen; dat wil ik daarlaten. Maar om te bewerken dat het goed niet aan den in 't gelijk gestelden eigenaar worde uitgeleverd, zal hij òf zijn eigendom òf zijn

middel aangeeft door te bepalen wat de rechter te bevelen *of te* doen heeft als hij het verzet gegrond acht. De redactie ware juister geweest wanneer de wetgever had gezegd: Indien het verzet door den rechter gegrond wordt bevonden, wordt het vonnis enz. in plaats van de min gewone en ook min juiste uitdrukking van wettiging van het verzet te gebruiken. Zie ook Ontwerp tit. II, art. 6.

Wanneer men bedenkt dat het derde verzet zijn grond vindt in het nadeel, hetwelk een tusschen anderen gewezen vonnis, aan het recht van een derde toebrengt, dan kan men daaruit afleiden dat het ook alleen voor dezen derde gevolg moet hebben, en als het gegrond bevonden wordt het gevolg moet hebben dat het daaruit voor hem ontstaande nadeel worde opgeheven. Daar het middel geen inbreuk wil maken op de verbindende kracht die het vonnis heeft tusschen partijen, moet het ook deze ongeschonden bewaren, tenzij het nadeel voor den derde niet dan door in de verhouding tusschen de partijen wijziging te brengen, kan worden opgeheven. Daartoe kan eene wijziging in het vonnis voldoende zijn, maar indien dit door de ondeelbaarheid van den door het vonnis bevestigden toestand niet mogelijk is, dan zal het vonnis vernietigd moeten worden. Ik spreek hier liever van wijzigen dan van verbeteren omdat het vonnis, zooals het tusschen partijen is gewezen geene verbetering behoeft en de rechter het alleen met het oog op partijen te wijzen had en op mogelijke rechten van derden niet had te letten.

Eene verandering in het vonnis, dat alleen bestemd was om te verklaren wat tusschen partijen recht is, wordt daarom minder correct eene verbetering genoemd, dewijl zij voor die partijen geene verbetering beöogt. De Code had de bepaling van art. 380 niet, doch algemeen werd de strekking van het derde verzet in denzelfden zin opgevat, al bestaat er verschil in of over de toepassing. GARSONNET geeft in § 1165 onder letter B (bl. 743) de gedachte zeer juist terug. „Le jugement qui admet la tierce opposition annule celui contre lequel cette action a été intentée en tant qu'il porte préjudice au demandeur et dans la mesure de l'intérêt de ce dernier, car sa tierce opposition n'a remis la chose jugée en question que dans les chefs qui lui sont et dans la mesure où ils lui sont préjudiciables", en voorts op bl. 744: „Il faudrait pour qu'il en fût autrement que les divers chefs du jugement ou la situation par lui créée fûssent tellement indivisibles que le jugement attaqué ne pût tomber ou subsister qu'en totalité". Onze Regeering bedoelde dit

zeker ook toen zij tot toelichting van art. 380 schreef: „Bij dit art. heeft men zooveel mogelijk, voor het behoud van den regel res inter alios acta, enz. gezorgd, en de geheele vernietiging van een vonnis mitsdien beperkt tot het geval der onsplitsbaarheid van de gevallen uitspraak". v. D. HONERT op § 380, blz. 422.

Wanneer dan een huurder zich op eene tegen hem door iemand die eigenaar van het goed beweert te zijn ingestelde vordering tot uitkeering van het door hem bezeten onroerend goed, mocht hebben laten veroordeelen, zonder zijn verhuurder in het geding te roepen, dan zal de verhuurder zich tegen dat vonnis kunnen verzetten op grond van zijn eigendomsrecht in welks uitoefening hij benadeeld wordt als de huurder zijn goed aan den ander gaat uitleveren. Wordt dan des verhuurders verzet gegrond bevonden, dan moet wel de rechtsband, die het vonnis deed ontstaan tusschen den huurder en hem, die zich als eigenaar van het goed aanstelde, verbroken worden, en het vonnis, dat de uitlevering van de zaak beval, vernietigd worden, opdat de verhouding die er tusschen den huurder en zijn verhuurder, eigenaar, vóór het vonnis bestond, hersteld worde. Het middel van derde verzet is hier abnormaler dan het gevolg dat het heeft ten aanzien van het gewezen vonnis. Want had de verhuurder-eigenaar zijn recht onmiddellijk tegen den bij het vonnis tegenover den huurder tot eigenaar verklaarden persoon doen gelden, het vonnis ware, zonder uitdrukkelijk vernietigd te worden, eveneens van zijn kracht beroofd. COLMET-DÂAGE beweert dat de buiten het proces gelaten verhuurder alleen op grond daarvan van het derde verzet kan gebruik maken, en bewerende dat het vonnis hem benadeelt, doordien het hem de positie van bezitter ontneemt, het kan doen vernietigen om, tegenover den ten aanzien van den huurder in 't gelijk gestelden eigenaar, weder de positie van gedaagde te kunnen innemen. Dan zou voorzeker de kracht van het gewezen vonnis tusschen partijen vernietigd worden, maar niet op grond van de benadeeling in een bewezen recht, maar op grond van het niet nakomen door den huurder van eene hem opgelegde verplichting, waarmede hij, die als eischer in het geding optrad, niets te maken had. De verhuurder-eigenaar kon in dit geval wellicht even goed met eene actie wegens uitgebreide stoornis in zijn bezit als met de revindicatie tegen den derde, die tegen zijn huurder de zaak uitwon, opkomen; dat wil ik daarlaten. Maar om te bewerken dat het goed niet aan den in 't gelijk gestelden eigenaar worde uitgeleverd, zal hij òf zijn eigendom òf zijn

middel aangeeft door te bepalen wat de rechter te bevelen *of te* doen heeft als hij het verzet gegrond acht. De redactie ware juister geweest wanneer de wetgever had gezegd: Indien het verzet door den rechter gegrond wordt bevonden, wordt het vonnis enz. in plaats van de min gewone en ook min juiste uitdrukking van wettiging van het verzet te gebruiken. Zie ook Ontwerp tit. II, art. 6.

Wanneer men bedenkt dat het derde verzet zijn grond vindt in het nadeel, hetwelk een tusschen anderen gewezen vonnis, aan het recht van een derde toebrengt, dan kan men daaruit afleiden dat het ook alleen voor dezen derde gevolg moet hebben, en als het gegrond bevonden wordt het gevolg moet hebben dat het daaruit voor hem ontstaande nadeel worde opgeheven. Daar het middel geen inbreuk wil maken op de verbindende kracht die het vonnis heeft tusschen partijen, moet het ook deze ongeschonden bewaren, tenzij het nadeel voor den derde niet dan door in de verhouding tusschen de partijen wijziging te brengen, kan worden opgeheven. Daartoe kan eene wijziging in het vonnis voldoende zijn, maar indien dit door de ondeelbaarheid van den door het vonnis bevestigden toestand niet mogelijk is, dan zal het vonnis vernietigd moeten worden. Ik spreek hier liever van wijzigen dan van verbeteren omdat het vonnis, zooals het tusschen partijen is gewezen geene verbetering behoeft en de rechter het alleen met het oog op partijen te wijzen had en op mogelijke rechten van derden niet had te letten.

Eene verandering in het vonnis, dat alleen bestemd was om te verklaren wat tusschen partijen recht is, wordt daarom minder correct eene verbetering genoemd, dewijl zij voor die partijen geene verbetering beöogt. De Code had de bepaling van art. 380 niet, doch algemeen werd de strekking van het derde verzet in denzelfden zin opgevat, al bestaat er verschil in of over de toepassing. GARSONNET geeft in § 1165 onder letter B (bl. 743) de gedachte zeer juist terug. „Le jugement qui admet la tierce opposition annule celui contre lequel cette action a été intentée en tant qu'il porte préjudice au demandeur et dans la mesure de l'intérêt de ce dernier, car sa tierce opposition n'a remis la chose jugée en question que dans les chefs qui lui sont et dans la mesure où ils lui sont préjudiciables", en voorts op bl. 744: „Il faudrait pour qu'il en fût autrement que les divers chefs du jugement ou la situation par lui créée fûssent tellement indivisibles que le jugement attaqué ne pût tomber ou subsister qu'en totalité". Onze Regeering bedoelde dit

zeker ook toen zij tot toelichting van art. 380 schreef: „Bij dit art. heeft men zooveel mogelijk, voor het behoud van den regel res inter alios acta, enz. gezorgd, en de geheele vernietiging van een vonnis mitsdien beperkt tot het geval der onsplitsbaarheid van de gevallen uitspraak". v. d. Honert op § 380, blz. 422.

Wanneer dan een huurder zich op eene tegen hem door iemand die eigenaar van het goed beweert te zijn ingestelde vordering tot uitkeering van het door hem bezeten onroerend goed, mocht hebben laten veroordeelen, zonder zijn verhuurder in het geding te roepen, dan zal de verhuurder zich tegen dat vonnis kunnen verzetten op grond van zijn eigendomsrecht in welks uitoefening hij benadeeld wordt als de huurder zijn goed aan den ander gaat uitleveren. Wordt dan des verhuurders verzet gegrond bevonden, dan moet wel de rechtsband, die het vonnis deed ontstaan tusschen den huurder en hem, die zich als eigenaar van het goed aanstelde, verbroken worden, en het vonnis, dat de uitlevering van de zaak beval, vernietigd worden, opdat de verhouding die er tusschen den huurder en zijn verhuurder, eigenaar, vóór het vonnis bestond, hersteld worde. Het middel van derde verzet is hier abnormaler dan het gevolg dat het heeft ten aanzien van het gewezen vonnis. Want had de verhuurder-eigenaar zijn recht onmiddellijk tegen den bij het vonnis tegenover den huurder tot eigenaar verklaarden persoon doen gelden, het vonnis ware, zonder uitdrukkelijk vernietigd te worden, eveneens van zijn kracht beroofd. Colmet-Dâage beweert dat de buiten het proces gelaten verhuurder alleen op grond daarvan van het derde verzet kan gebruik maken, en bewerende dat het vonnis hem benadeelt, doordien het hem de positie van bezitter ontneemt, het kan doen vernietigen om, tegenover den ten aanzien van den huurder in 't gelijk gestelden eigenaar, weder de positie van gedaagde te kunnen innemen. Dan zou voorzeker de kracht van het gewezen vonnis tusschen partijen vernietigd worden, maar niet op grond van de benadeeling in een bewezen recht, maar op grond van het niet nakomen door den huurder van eene hem opgelegde verplichting, waarmede hij, die als eischer in het geding optrad, niets te maken had. De verhuurder-eigenaar kon in dit geval wellicht even goed met eene actie wegens uitgebreide stoornis in zijn bezit als met de revindicatie tegen den derde, die tegen zijn huurder de zaak uitwon, opkomen; dat wil ik daarlaten. Maar om te bewerken dat het goed niet aan den in 't gelijk gestelden eigenaar worde uitgeleverd, zal hij òf zijn eigendom òf zijn

middel aangeeft door te bepalen wat de rechter te bevelen *of te* doen heeft als hij het verzet gegrond acht. De redactie ware juister geweest wanneer de wetgever had gezegd: Indien het verzet door den rechter gegrond wordt bevonden, wordt het vonnis enz. in plaats van de min gewone en ook min juiste uitdrukking van wettiging van het verzet te gebruiken. Zie ook Ontwerp tit. II, art. 6.

Wanneer men bedenkt dat het derde verzet zijn grond vindt in het nadeel, hetwelk een tusschen anderen gewezen vonnis, aan het recht van een derde toebrengt, dan kan men daaruit afleiden dat het ook alleen voor dezen derde gevolg moet hebben, en als het gegrond bevonden wordt het gevolg moet hebben dat het daaruit voor hem ontstaande nadeel worde opgeheven. Daar het middel geen inbreuk wil maken op de verbindende kracht die het vonnis heeft tusschen partijen, moet het ook deze ongeschonden bewaren, tenzij het nadeel voor den derde niet dan door in de verhouding tusschen de partijen wijziging te brengen, kan worden opgeheven. Daartoe kan eene wijziging in het vonnis voldoende zijn, maar indien dit door de ondeelbaarheid van den door het vonnis bevestigden toestand niet mogelijk is, dan zal het vonnis vernietigd moeten worden. Ik spreek hier liever van wijzigen dan van verbeteren omdat het vonnis, zooals het tusschen partijen is gewezen geene verbetering behoeft en de rechter het alleen met het oog op partijen te wijzen had en op mogelijke rechten van derden niet had te letten.

Eene verandering in het vonnis, dat alleen bestemd was om te verklaren wat tusschen partijen recht is, wordt daarom minder correct eene verbetering genoemd, dewijl zij voor die partijen geene verbetering beöogt. De Code had de bepaling van art. 380 niet, doch algemeen werd de strekking van het derde verzet in denzelfden zin opgevat, al bestaat er verschil in of over de toepassing. GARSONNET geeft in § 1165 onder letter B (bl. 743) de gedachte zeer juist terug. „Le jugement qui admet la tierce opposition annule celui contre lequel cette action a été intentée en tant qu'il porte préjudice au demandeur et dans la mesure de l'intérêt de ce dernier, car sa tierce opposition n'a remis la chose jugée en question que dans les chefs qui lui sont et dans la mesure où ils lui sont préjudiciables", en voorts op bl. 744: „Il faudrait pour qu'il en fût autrement que les divers chefs du jugement ou la situation par lui créée fûssent tellement indivisibles que le jugement attaqué ne pût tomber ou subsister qu'en totalité". Onze Regeering bedoelde dit

zeker ook toen zij tot toelichting van art. 380 schreef: „Bij dit art. heeft men zooveel mogelijk, voor het behoud van den regel res inter alios acta, enz. gezorgd, en de geheele vernietiging van een vonnis mitsdien beperkt tot het geval der onsplitsbaarheid van de gevallen uitspraak". v. d. HONERT op § 380, blz. 422.

Wanneer dan een huurder zich op eene tegen hem door iemand die eigenaar van het goed beweert te zijn ingestelde vordering tot uitkeering van het door hem bezeten onroerend goed, mocht hebben laten veroordeelen, zonder zijn verhuurder in het geding te roepen, dan zal de verhuurder zich tegen dat vonnis kunnen verzetten op grond van zijn eigendomsrecht in welks uitoefening hij benadeeld wordt als de huurder zijn goed aan den ander gaat uitleveren. Wordt dan des verhuurders verzet gegrond bevonden, dan moet wel de rechtsband, die het vonnis deed ontstaan tusschen den huurder en hem, die zich als eigenaar van het goed aanstelde, verbroken worden, en het vonnis, dat de uitlevering van de zaak beval, vernietigd worden, opdat de verhouding die er tusschen den huurder en zijn verhuurder, eigenaar, vóór het vonnis bestond, hersteld worde. Het middel van derde verzet is hier abnormaler dan het gevolg dat het heeft ten aanzien van het gewezen vonnis. Want had de verhuurder-eigenaar zijn recht onmiddellijk tegen den bij het vonnis tegenover den huurder tot eigenaar verklaarden persoon doen gelden, het vonnis ware, zonder uitdrukkelijk vernietigd te worden, eveneens van zijn kracht beroofd. COLMET-DÂAGE beweert dat de buiten het proces gelaten verhuurder alleen op grond daarvan van het derde verzet kan gebruik maken, en bewerende dat het vonnis hem benadeelt, doordien het hem de positie van bezitter ontneemt, het kan doen vernietigen om, tegenover den ten aanzien van den huurder in 't gelijk gestelden eigenaar, weder de positie van gedaagde te kunnen innemen. Dan zou voorzeker de kracht van het gewezen vonnis tusschen partijen vernietigd worden, maar niet op grond van de benadeeling in een bewezen recht, maar op grond van het niet nakomen door den huurder van eene hem opgelegde verplichting, waarmede hij, die als eischer in het geding optrad, niets te maken had. De verhuurder-eigenaar kon in dit geval wellicht even goed met eene actie wegens uitgebreide stoornis in zijn bezit als met de revindicatie tegen den derde, die tegen zijn huurder de zaak uitwon, opkomen; dat wil ik daarlaten. Maar om te bewerken dat het goed niet aan den in 't gelijk gestelden eigenaar worde uitgeleverd, zal hij òf zijn eigendom òf zijn

middel aangeeft door te bepalen wat de rechter te bevelen of te doen heeft als hij het verzet gegrond acht. De redactie ware juister geweest wanneer de wetgever had gezegd: Indien het verzet door den rechter gegrond wordt bevonden, wordt het vonnis enz. in plaats van de min gewone en ook min juiste uitdrukking van wettiging van het verzet te gebruiken. Zie ook Ontwerp tit. II, art. 6.

Wanneer men bedenkt dat het derde verzet zijn grond vindt in het nadeel, hetwelk een tusschen anderen gewezen vonnis, aan het recht van een derde toebrengt, dan kan men daaruit afleiden dat het ook alleen voor dezen derde gevolg moet hebben, en als het gegrond bevonden wordt het gevolg moet hebben dat het daaruit voor hem ontstaande nadeel worde opgeheven. Daar het middel geen inbreuk wil maken op de verbindende kracht die het vonnis heeft tusschen partijen, moet het ook deze ongeschonden bewaren, tenzij het nadeel voor den derde niet dan door in de verhouding tusschen de partijen wijziging te brengen, kan worden opgeheven. Daartoe kan eene wijziging in het vonnis voldoende zijn, maar indien dit door de ondeelbaarheid van den door het vonnis bevestigden toestand niet mogelijk is, dan zal het vonnis vernietigd moeten worden. Ik spreek hier liever van wijzigen dan van verbeteren omdat het vonnis, zooals het tusschen partijen is gewezen geene verbetering behoeft en de rechter het alleen met het oog op partijen te wijzen had en op mogelijke rechten van derden niet had te letten.

Eene verandering in het vonnis, dat alleen bestemd was om te verklaren wat tusschen partijen recht is, wordt daarom minder correct eene verbetering genoemd, dewijl zij voor die partijen geene verbetering beöogt. De Code had de bepaling van art. 380 niet, doch algemeen werd de strekking van het derde verzet in denzelfden zin opgevat, al bestaat er verschil in of over de toepassing. GARSONNET geeft in § 1165 onder letter B (bl. 743) de gedachte zeer juist terug. „Le jugement qui admet la tierce opposition annule celui contre lequel cette action a été intentée en tant qu'il porte préjudice au demandeur et dans la mesure de l'intérêt de ce dernier, car sa tierce opposition n'a remis la chose jugée en question que dans les chefs qui lui sont et dans la mesure où ils lui sont préjudiciables", en voorts op bl. 744: „Il faudrait pour qu'il en fût autrement que les divers chefs du jugement ou la situation par lui créée fûssent tellement indivisibles que le jugement attaqué ne pût tomber ou subsister qu'en totalité". Onze Regeering bedoelde dit

zeker ook toen zij tot toelichting van art. 380 schreef: „Bij dit art. heeft men zooveel mogelijk, voor het behoud van den regel res inter alios acta, enz. gezorgd, en de geheele vernietiging van een vonnis mitsdien beperkt tot het geval der onsplitsbaarheid van de gevallen uitspraak". v. d. HONERT op § 380, blz. 422.

Wanneer dan een huurder zich op eene tegen hem door iemand die eigenaar van het goed beweert te zijn ingestelde vordering tot uitkeering van het door hem bezeten onroerend goed, mocht hebben laten veroordeelen, zonder zijn verhuurder in het geding te roepen, dan zal de verhuurder zich tegen dat vonnis kunnen verzetten op grond van zijn eigendomsrecht in welks uitoefening hij benadeeld wordt als de huurder zijn goed aan den ander gaat uitleveren. Wordt dan des verhuurders verzet gegrond bevonden, dan moet wel de rechtsband, die het vonnis deed ontstaan tusschen den huurder en hem, die zich als eigenaar van het goed aanstelde, verbroken worden, en het vonnis, dat de uitlevering van de zaak beval, vernietigd worden, opdat de verhouding die er tusschen den huurder en zijn verhuurder, eigenaar, vóór het vonnis bestond, hersteld worde. Het middel van derde verzet is hier abnormaler dan het gevolg dat het heeft ten aanzien van het gewezen vonnis. Want had de verhuurder-eigenaar zijn recht onmiddellijk tegen den bij het vonnis tegenover den huurder tot eigenaar verklaarden persoon doen gelden, het vonnis ware, zonder uitdrukkelijk vernietigd te worden, eveneens van zijn kracht beroofd. COLMET-DÂAGE beweert dat de buiten het proces gelaten verhuurder alleen op grond daarvan van het derde verzet kan gebruik maken, en bewerende dat het vonnis hem benadeelt, doordien het hem de positie van bezitter ontneemt, het kan doen vernietigen om, tegenover den ten aanzien van den huurder in 't gelijk gestelden eigenaar, weder de positie van gedaagde te kunnen innemen. Dan zou voorzeker de kracht van het gewezen vonnis tusschen partijen vernietigd worden, maar niet op grond van de benadeeling in een bewezen recht, maar op grond van het niet nakomen door den huurder van eene hem opgelegde verplichting, waarmede hij, die als eischer in het geding optrad, niets te maken had. De verhuurder-eigenaar kon in dit geval wellicht even goed met eene actie wegens uitgebreide stoornis in zijn bezit als met de revindicatie tegen den derde, die tegen zijn huurder de zaak uitwon, opkomen; dat wil ik daarlaten. Maar om te bewerken dat het goed niet aan den in 't gelijk gestelden eigenaar worde uitgeleverd, zal hij òf zijn eigendom òf zijn

bezit hebben te bewijzen om, op grond van hem door het vonnis berokkend nadeel, dat vonnis door een derde verzet vernietigd te krijgen. En het zal niet anders zijn in het geval dat A. zich als derde gaat verzetten tegen een vonnis waarbij B. jegens C. werd veroordeeld om een roerende zaak, waarvan A. beweert eigenaar te zijn, uit te keeren. Ook hier is geheele vernietiging van het vonnis noodig. Want aan C. moet het hem bij vonnis toegekende recht nu ontzegd worden en B., ontheven van de hem bij vonnis opgelegde verplichting om de zaak aan C. uit te keeren, tot uitkeering aan A. worden veroordeeld.

Wordt daarentegen het verzet door schuldeischers van den man tegen een hunne rechten benadeelend vonnis van scheiding van goederen ingesteld gegrond bevonden, dan wordt die scheiding alleen vernietigd met het oog op de daaruit voor de vrouw voortspruitende rechten, welke de schuldeischers benadeelen. De vrouw zal zich de haar tegenover den man toegekende rechten ten behoeve van diens schuldeischers ontnomen zien, maar, als de man later een voordeel mocht ten deel vallen dat in de gemeenschap zou zijn gekomen, de vrouw zal daarin niet deelen; want ten opzichte van den man blijft zij van goederen gescheiden. Verg. Garsonnet t. a. p.

Wanneer het vonnis heeft gestrekt om eene handeling als in art. 1377 B. W. en artt. 42 vv. faillissementswet bedoeld te doen erkennen en daaraan uitvoering te geven, dan komt het mij voor dat art. 380 niet in toepassing kan komen, omdat het derde verzet wel onmiddellijk tegen het vonnis, maar inderdaad tegen de bedriegelijke handeling is gericht, en daarom het gevolg, dat aan de Pauliana door den wetgever wordt toegekend, den voorrang behoort te hebben boven het gevolg dat de wetgever in bijzondere gevallen aan het op het verzet gewezen vonnis, in art. 380, toekent. Er kan hier toch ook geen reden bestaan om zoo min mogelijk aan de kracht van het gewijsde te kort te doen, wat de wetgever met art. 380 beoogde.

Werd evenwel het vonnis uitgelokt om, door het afzien van verdedigingsmiddelen, zijne schuldeischers te benadeelen, dan zouden wij uitsluitend met het gevolg van een op het derde verzet gewezen vonnis te doen hebben en zou, met toepassing van art. 380, de vernietiging zich moeten bepalen tot eene vermindering van het bedrag der veroordeeling tot zoover deze de schuldeischers benadeelde. En zoo zou art. 380 ook zooveel doenlijk in toepassing moeten komen in die gevallen, waarin de benadeeling van derden, die zich zouden

hebben kunnen voegen, uit een door samenspanning, opzet of grof verzuim in de verdediging uitgelokt vonnis voortvloeit.

§ 192. TERMIJN.

De tijd gedurende welken het derde verzet kan worden ingesteld is afhankelijk van den tijd, gedurende welken de derde het recht, waarin hij door het vonnis benadeeld beweert te zijn, kan doen gelden. Is dat recht of de rechtsvordering door welke het gehandhaafd wordt verjaard, het derde verzet kan met die verjaring worden bestreden. Afhankelijk van het recht des derden.

Onze schrijvers, met name DE PINTO, II, § 273, bl. 512 en OUDEMAN, II, bl. 49, zijn van oordeel dat, vermits de wet geen termijn bepaalt, binnen welken het derde verzet moet worden ingesteld, de algemeene bepaling omtrent de verjaring der rechtsvorderingen hier moet worden toegepast en dat derhalve daarvoor geldt een tijdsverloop van dertig jaren, aanvangende met den dag waarop het vonnis aan den derde bekend is geworden. Deze leer is in overeenstemming met de leer der oudere fransche schrijvers als PIGEAU, BERRIAT-ST. PRIX en CARRÉ. De nieuwere oordeelen niet anders, met dit onderscheid alleen dat zij de dertig jaren doen aanvangen met de uitspraak van het vonnis, al is dit den derde eerst later bekend geworden. Dus TISSIER, n⁰. 163, die daarvoor een enkel nuttigheidsargument aanvoert en GARSONNET § 1158, p. 720, die dit in overeenstemming acht met het gemeene recht.

Ik kan mij met dat gevoelen niet vereenigen, om de eenvoudige reden dat het rechtsmiddel van verzet door derden met geen mogelijkheid is te begrijpen onder den regel van art. 2004 B. W., hetwelk, evenals art. 2262 C. C., alle rechtsvorderingen, zoowel zakelijke als persoonlijke, aan de verjaring van 30 jaren onderwerpt. Men moge dit middel eene rechtsvordering noemen, en als men aan rechtsvordering eene zeer algemeene beteekenis wil geven, kan men dit doen, evenals men het hooger beroep en het middel van cassatie daartoe kan brengen, omdat men ook van eischer in hooger beroep en eischer van cassatie spreekt, en onder eischer verstaat iemand die eene rechtsvordering instelt. Die algemeene beteekenis is evenwel een oneigenlijke, want ik vraag: welk is het recht dat men met dat derde verzet doet gelden? Tot welke vorderingen meent men dat recht om op te komen tegen een vonnis dat onze rechten

benadeelt te brengen, tot de zakelijke of tot de persoonlijke? Is het niet veeleer een bijzondere vorm, waarin iemand een hem toekomend recht door eene rechtsvordering kan handhaven, gelijk men dat in den regel doet, door dengene die ons in ons recht hinder aanbrengt voor den rechter te roepen? Hier wordt die hinder door een vonnis aangebracht, en, om dat vonnis uit den weg te ruimen, spreken wij hen aan tusschen wie dat vonnis is gewezen en die daardoor over en weer gebonden zijn. Maar het recht dat wij doen gelden is het recht waarin wij benadeeld zijn en de rechtsvordering die wij instellen vloeit uit dat recht voort, strekt tot bescherming daarvan; doch dewijl die benadeeling op eene bijzondere wijze door een vonnis heeft plaats gehad is voor de vordering een bijzondere vorm voorgeschreven en is aan het daarmede door de wet geschapen rechtsmiddel de bijzondere naam van derde verzet gegeven. De termijn van verjaring behoefde derhalve voor het derde verzet niet te worden voorgeschreven. Want die is geene andere en kan geene andere zijn dan die welke is voorgeschreven voor de rechtsvordering welke men in dezen vorm doet gelden. In dien zin kan men zeggen dat hier van zelf de dertigjarige verjaring van toepassing is. En dat de termijn, buiten de Pauliana, begint te loopen van den dag van het vonnis, behoeft men niet met utiliteits-gronden goed te maken, maar dat is eenvoudig het gevolg daarvan dat met dat vonnis het nadeel ontstaat en alzoo de actie tot afwering van het nadeel geboren wordt. Mocht men willen beweren, dat de inbreuk op het benadeelde recht reeds gemaakt is door het aanleggen van het geding, omdat van dat oogenblik af hij, die zich door het vonnis benadeeld ziet, zijn recht had kunnen doen gelden door in het geding tusschen te komen, dan zou ik dit minder juist achten. Zeker is bekendheid met den inbreuk die op ons recht gemaakt wordt niet noodig om de verjaring te doen loopen. De tegenovergestelde meening is met de algemeene bepaling der wet niet goed te maken en nog minder met den regel „contra non valentem agere non currit praescriptio", welke dan verkeerd wordt begrepen, in geen geval althans in den zin welken men dan daaraan toekent, in de wet werd opgenomen. Zie Dl. I, § 33. Zoo is het dan ook geen uitzondering op de verjaring van het derde verzet, wanneer het, tot handhaving van den eigendom van een onroerend goed gebruikt, moet wijken voor een beroep op verkrijging van den eigendom door de verjaring van 20 jaren, daar dit middel niet tegen het derde verzet als zoodanig, maar tegen de

daardoor geldend gemaakte opvordering van den eigendom wordt tegengeworpen, en hier als in andere gevallen dezelfde kracht heeft. Evenmin is het eene uitzondering als aan het derde verzet, gegrond op een benadeeling in het recht van eigendom van roerend goed, de regel van art. 2014 B. W., het bezit als volkomen titel, wordt tegengeworpen. Het mag verwondering wekken dat GARSONNET, door de vermelding van deze beide gevallen als uitzondering op den door hem gestelden regel, niet op het denkbeeld is gekomen dat wij hier inderdaad niet met eene verjaring van het derde verzet, maar met de verjaring of uitsluiting van de eigendomsactie hebben te maken.

Voorts zal, wanneer het derde verzet zijn grond vindt in een handeling ter benadeeling van de rechten der schuldeischers, de vordering van art. 1377, welke onze wet aan een termijn van vijf jaren bindt, te rekenen van den dag der ontdekking dat de voor de nietigheid vereischte wetenschap bestond, die termijn ook ingaan met dien dag der ontdekking van de wetenschap, wat niet afhankelijk is van den dag waarop het vonnis, dat de bedriegelijke handeling bevestigde, werd gewezen. Daarentegen zal wederom bij benadeeling door samenspanning, opzet of grof verzuim in gevallen waarin het vonnis op eene rechtsbetrekking met derden of rechten van derden invloed heeft, de vordering ontstaan met het vonnis en de termijn van verjaring voor die vordering en dus voor het derde verzet met de uitspraak van het vonnis aanvangen.

De schuldeischers aan wie de wet de bevoegdheid toekent om in verzet te komen tegen een vonnis, waarbij de scheiding van goederen wordt uitgesproken, hebben daarbij den bij art. 813 B. R. bedoelden termijn in acht te nemen.

Voorts is het verzet tegen eene faillietverklaring door den wetgever, bij de toekenning van het recht daartoe aan de schuldeischers, aan een termijn van acht dagen na den dag der uitspraak van het vonnis gebonden. Art. 10 Faillissementswet.

De schrijvers plegen nog onderscheid te maken tusschen het principaal en het incidenteel derde verzet. Zie art. 378. Daar zijn er die, wanneer het derde verzet gebruikt wordt als middel van verdediging tegen een vonnis, waarop de tegenpartij in een geding zich beroept, den regel willen toepassen: „Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum." Alleen zou dit niet opgaan, als de tegenpartij zich op verkrijging door verjaring kan beroepen. An-

deren verwerpen den regel geheel, als niet geldend, en verder op dezen grond, dat het derde verzet nooit een middel van verdediging is, maar dan altijd eene incidenteele vordering. Eene derde meening, die ook door GARSONNET wordt gedeeld (Zie § 1158 p. 725), wil onderscheid gemaakt hebben tusschen het geval dat het incidenteel derde verzet wordt ingesteld door den verweerder of door den eischer in het geding. Als de verweerder in derde verzet komt tegen een vonnis dat meer dan dertig jaren geleden is gewezen in een geding waarin hij geen partij was en nu tegen hem wordt uitgevoerd, dan is hij ontvankelijk in het derde verzet om den regel „quae temporalia". Wordt echter aan den eischer door verweerder een vonnis tegengeworpen, waarin hij eischer, geen partij is geweest en dat hij nu incidenteel zou willen bestrijden door het middel van derde verzet, dan moet dit vonnis minder dan 30 jaren geleden gewezen zijn, want indien hij het derde verzet als principaal middel had gebezigd, zou hij slechts gedurende 30 jaren ontvankelijk geweest zijn, en nu moet het wel even zoo zijn, wanneer hij revindiceert en dit doet in den vorm van derde verzet.

Geen dezer meeningen acht ik juist. In allen heerscht verwarring tusschen de rechtsvordering en het middel waardoor deze wordt gehandhaafd. Al wordt van het derde verzet gebruik gemaakt ter verdediging tegen het beroep op een vonnis, omdat iemand beweert dat dit zijn recht benadeelt, dit middel op dien grond gebruikende, meer dan dertig jaren nadat het vonnis is gewezen, dan heeft het van een verdedigingsmiddel slechts den vorm. Hij die het aanwendt, beroept zich altijd op eene benadeeling in zijn recht ondervonden en doet in het derde verzet alzoo gelden de handhaving van zijn recht tegen den inbreuk, welke daarop door het vonnis gemaakt is. Wanneer er nu zelfs na dat vonnis meer dan 30 jaren verloopen zijn, dan is daardoor zijne rechtsvordering verjaard en kan hij die derhalve in geenerlei vorm, ook niet in dien van het middel van derde verzet, meer doen gelden. GARSONNET was inderdaad (p. 726, 2°) op den goeden weg om deze solutie te vinden. Wanneer zegt hij Primus, tegen wiens revindicatie Secundus een vonnis tegenwerpt, waarbij Primus geen partij was en nu daartegen incidenteel in derde verzet komt, dan is hij daarin alleen dan ontvankelijk als dat vonnis geen 30 jaren oud is, want zijne revindicatie is afhankelijk van den goeden uitslag van het derde verzet, hetwelk inderdaad het hoofdvoorwerp van de vordering is. Als hij nu, dus gaat GARSONNET voort, principaal derde verzet had ingesteld in plaats van te revindiceeren, dan zou hij

slechts gedurende 30 jaren ontvankelijk geweest zijn; hetzelfde moet wel waar zijn, indien hij revindiceert en tot steun van zijn revindicatie een derde verzet instelt dat, al schijnt het incidenteel, niettemin een principaal derde verzet is. Ik zie in dit alles niet anders dan eene verwarring van materieel en formeel recht, en eene verdraaiing van het een om met opzicht tot het ander tot klaarheid te komen. Neen, het derde verzet hier in den loop van het geding ingesteld, is niet in schijn incidenteel, het is dit in werkelijkheid. Maar het derde verzet dat altijd eene rechtsvordering tot grondslag heeft (hier de revindicatie), wordt hier in den vorm van een verdedigingsmiddel te werk gesteld. Indien dan het vonnis, wat den revindicant in den weg staat, meer dan 30 jaren geleden is gewezen, dan komt hem het middel van derde verzet niet toe; niet omdat het derde verzet verjaard, is, maar omdat uit den inbreuk, dien het vonnis 30 jaar geleden op zijn recht maakte, of waardoor bestaande inbreuk op zijn recht werd voortgezet, blijkt dat hij zijne revindicatie meer dan 30 jaren geleden had moeten instellen. De verweerder bewijst met het vonnis, dat de revindicatie verjaard is en daarmede vervalt een verzet dat geene andere strekking zou hebben dan eene verjaarde actie te handhaven. Wat ik overigens denk van den regel „Quae temporalia", heb ik vroeger Dl. I, § 38, bl. 281 vv. kort aangegeven.

TITEL II.

§ 193. RECHTSPLEGING.

Bevoegde rechter.

Het verzet moet worden onderworpen aan het oordeel van den rechter door wien het den derde benadeelend vonnis is gewezen. Vindt het zijn aanleiding in de omstandigheid, dat in een geding door de eene partij aan de andere een vonnis wordt tegengeworpen, waardoor deze kan beweren in zijn recht benadeeld te zijn, dan zal het door hem bij den rechter die dat vonnis wees, moeten worden aanhangig gemaakt. Het verzet kan in dit geval grond opleveren tot schorsing van het geding waarin het vonnis, tegen hetwelk het wordt ingesteld, werd tegengeworpen. Artt. 377, 378.

Evenals bij het verzet tegen een vonnis bij verstek gewezen en

bij het request civiel, bestaat er ook hier eene gegronde reden om de kennisneming van het middel op te dragen aan den rechter door wien het vonnis was gewezen. Geen hoogere rechter zou hier geacht kunnen worden beter te oordeelen, en de kennis van het geding, waarin het benadeelende vonnis gewezen wordt, is voor de beoordeeling van die benadeeling voordeelig. De fransche wetgever maakt onderscheid tusschen een in een ander geding opkomend derde verzet en een principaal derde verzet. Hij onderstelt daarbij dat in den loop van een geding eene der partijen zich te harer verdediging op een vonnis beroept, en laat dan het derde verzet daartegen toe bij den rechter voor wien de hoofdzaak aanhangig is. Hij moest daarbij evenwel weer eene uitzondering maken voor het geval dat de rechter op de hoofdzaak een lagere mocht zijn dan die welke het vonnis wees waartegen het derde verzet zou worden aangewend. Dan moest dit verzet weder gebracht worden bij den rechter welke het vonnis had gewezen. Eenvoudiger en rationeeler is de bepaling van onze wet, welke het derde verzet altijd voor dezen rechter gebracht wil hebben. De niet eens in alle gevallen vol te houden afwijking van den regel wordt door BIGOT PRÉAMÉNEU (LOCRÉ XXII p. 126 n^{0}. 27) als nuttigheidsmaatregel verdedigd, omdat de partijen toch reeds in geding tegenover elkander staan. Daar evenwel het vonnis tusschen andere partijen werd gewezen, zal ook een derde in het incident moeten worden opgeroepen, en werd het belang van dezen uit het oog verloren door niet den meest geschikten rechter, nl. dien welke het vonnis wees, ook hier de kennisneming op te dragen.

De rechter van de hoofdzaak zal dan de verdere behandeling der zaak kunnen schorsen totdat op het derde verzet zal zijn recht gedaan. Art. 378. Terecht wordt daarbij gevoegd dat die schorsing plaats kan hebben indien daartoe gronden zijn. De rechter zal nu met de behandeling der hoofdzaak kunnen voortgaan, indien hem al dadelijk blijkt dat het derde verzet eenvoudig als obstructiemiddel gebruikt wordt.

Aangezien het derde verzet, gelijk wij reeds de gelegenheid hadden op te merken, altijd moet worden gebracht voor den rechrer, die het met dat middel bestreden vonnis heeft gewezen, zoo kan men eigenlijk niet meer, als naar de fransche wet, een principaal en een incidenteel derde verzet onderscheiden. Immers het derde verzet zelf gaat buiten den rechter om, voor wien het geding aanhangig is, waarin het door het derde verzet te bestrijden vonnis

werd tegengeworpen. Het geeft aanleiding tot een nieuw geding, dat dan ook bij dagvaarding moet worden aangebracht en niet alleen tusschen de partijen in het aanhangige geding gevoerd wordt, maar tusschen deze en nog een derde, die medepartij was bij het bestreden vonnis. A. verweerder komt in verzet tegen een vonnis dat B. eischer hem tegenwerpt, waarin A. geen partij was. A. komt tegen dat vonnis als derde in verzet en heeft daartoe B. en C., die in dat vonnis partij zijn geweest, te dagvaarden. Nu kan de rechter, die het bestreden vonnis wees, wel dezelfde zijn, als die voor welken het geding aanhangig is. Doch ook dan moet het derde verzet bij dagvaarding bij dienzelfden rechter worden aangebracht en afzonderlijk behandeld.

Het aldus ingestelde derde verzet kan wel tot een incident in het aanhangig geding aanleiding geven. Het onderwerp van dit incident zal evenwel niet zijn het derde verzet, maar eene schorsing van het aanhangig geding, totdat op het derde verzet uitspraak zal zijn gedaan. Toch zal de rechter niet verplicht zijn die schorsing toe te staan. Hij zal dit alleen doen, „indien daartoe gronden bestaan". En daar de afwijzing der schorsing wel daarop gegrond zal worden, dat reeds aanvankelijk van de ongegrondheid van het derde verzet blijkt, zal zoodanige afwijzing eerder verwacht kunnen worden van den rechter die 't bestreden vonnis wees, als daardoor met de omstandigheden der zaak van nabij bekend.

Zal de rechter, wanneer hij de schorsing beveelt, een dag kunnen bepalen, waarop de zaak weder zal worden ter rolle opgeroepen? Dat ligt geheel in den geest van de verandering door de wet van 1896 n°. 103 in de procedure in 't algemeen gebracht. Ik zie niet in waarom de rechter het niet zou kunnen doen, al is hij er niet toe verplicht. Maar is de schorsing eens toegestaan omdat zij ter juiste beoordeeling van de hoofdzaak noodzakelijk werd geacht, dan zal de rechter den afloop van dat derde verzet waarom hij schorste, toch wel moeten afwachten.

Ik zeide dat de wetgever terecht de kennisneming van het derde verzet aan den rechter, die 't vonnis wees, opdroeg. Er kan hier toch inderdaad niet dan van eene opdracht (attributie) van rechtsmacht sprake zijn. Verdeeling (distributie) van rechtsmacht heeft alleen plaats tusschen gerechten die tot denzelfden tak der rechterlijke macht behooren, aan welken tak in 't algemeen de opdracht

plaats had. Daarvan is hier de rede niet. De rechter die 't vonnis wees is hier dus volstrekt bevoegd. Een ander zou zich ambtshalve onbevoegd moeten verklaren.

Wanneer het verzet is gericht tegen een vonnis in hooger beroep gewezen, waarbij het vonnis des eersten rechters werd bekrachtigd, dan moet het bij den rechter, die in hooger beroep uitspraak deed, worden aangebracht. Reden tot twijfel zou kunnen geven de bepaling van art. 354 eerste lid, volgens hetwelk het vonnis, hetwelk in hooger beroep wordt bevestigd, wordt tenuitvoergelegd bij den rechter in eersten aanleg. Men vergete evenwel niet dat, al heeft het eigenlijk derde verzet vooral ten doel de uitvoering van het vonnis te voorkomen, het toch het vonnis is dat de rechten van den derde benadeelt, en tegen dat vonnis is het middel gegeven. De lagere rechter zou anders ook geroepen worden om over de uitspraak van den hoogeren te oordeelen. Ik kan dan ook niet instemmen met het gevoelen van CARRÉ dat het bevestigende vonnis in hooger beroep van het geheele geding niets overlaat dan het in eersten aanleg gewezen vonnis tegen welks tenuitvoerlegging nu elke hinderpaal is opgeheven. Is dit al eene beschouwing, die de bepaling van art. 354 (472 C. de pr.) rechtvaardigt, hier behoort zij geen invloed te oefenen. Zie CARRÉ Q. 1727 wiens gevoelen o. a. ook dat is van MERLIN, doch hetwelk door de latere jurisprudentie is verworpen. TISSIER n⁰. 155.

Op welke wijze?

Het wordt aanhangig gemaakt bij eene dagvaarding en de algemeene voorschriften, omtrent de wijze van procedeeren zijn hier toepasselijk. Art. 377.

De dagvaarding zou ook zonder uitdrukkelijke bepaling de vorm zijn waarin deze rechtsgang bij den rechter werd aangevangen overeenkomstig art. 1. Ook zijn de bepalingen omtrent de dagvaarding, en in 't bijzonder die omtrent haren inhoud (art. 5), hier gemakkelijk toe te passen. De verandering, welke de algemeene voorschriften van procedeeren bij de wet van 1896 n⁰. 3 hebben ondergaan, zal hier van zelf gevolg hebben, zoodat in het derde verzet niet meer op de gewone of summiere wijze zal worden geprocedeerd, maar alleen eene wisseling van conclusiën ter terechtzitting zal plaats hebben, zooals dit in art. 140 vgg. is bepaald.

Behalve de wijziging of verbetering van het vonnis waartegen het verzet is gericht, zal eene provisioneele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis kunnen worden gedaan, die, evenals dit met andere provisioneele vorderingen het geval is, in de dagvaarding kan worden opgenomen. Art. 379. Provisioneele vordering tot schorsing.

De schorsing der uitvoering van het aangevallen vonnis wordt zeker niet uitgesproken, wanneer die niet door den derde wordt gevraagd. De rechter kan de uitvoering schorsen, zegt art. 379, doch evenmin hier als elders treedt de rechter uit zijn lijdelijke rol. Hij zal, partijen gehoord, moeten beoordeelen of tot die schorsing termen bestaan. In algemeenen zin kan men hier van eene vordering spreken, ofschoon hier niet een bij de burgerlijke wet toegekend of erkend recht gehandhaafd, maar veeleer van den rechter een maatregel van rechtspleging gevraagd wordt. Toch zal hetgeen van de eigenlijke provisioneele vorderingen, welke ik in Dl. III § 78 besprak, geldt, ook hier toepasselijk zijn, behoudens de wijzigingen welke sedert in de wet gemaakte veranderingen in het daar opgemerkte medebrengen,

Zoo zal voor die schorsing op korten termijn kunnen worden gedagvaard of, waar dit niet geschiedde, zal ten dienenden dage, ten aanzien van de schorsing, eene incidenteele conclusie kunnen worden genomen, opdat over dit punt eene afzonderlijke uitspraak worde verkregen.

De schorsing heeft ook dit met eene provisie gemeen, dat zij gedurende den loop van het proces plaats grijpt, want zij geldt, wanneer zij wordt uitgesproken, totdat het verzet zal zijn uitgewezen, daarop recht zal gedaan. Art. 379.

De rechter beveelt schorsing, indien daarvoor reden bestaat. Art. 379. Wanneer bevolen?

De schorsing heeft niet van rechtswege plaats, noch zonder rechterlijke uitspraak, noch door rechterlijke uitspraak op bevel des wetgevers. De rechter heeft hier voor ieder bijzonder geval te beoordeelen of er reden voor die schorsing is. Dit is de beteekenis van de meermalen in de wet voorkomende uitdrukking „indien daartoe termen" of zooals hier „indien daartoe gronden bestaan". Ik zou in al die gevallen aan de uitdrukking: „indien daarvoor reden bestaat" de voorkeur willen geven.

De schorsing moet derhalve door den eischer worden gevraagd en

de reden daarvoor opgegeven, terwijl de rechter te beoordeelen heeft of die reden afdoende is. Buiten de gevallen van bedrog zal het altijd wel voor den derde van belang zijn dat de uitvoering van het vonnis geschorst worde, omdat het hem er juist om te doen is het nadeel te keeren dat de uitvoering van het vonnis hem in de uitoefening van zijn recht zal doen ondervinden. Ik zeg buiten de gevallen van bedrog. Want daar zal vergoeding van geleden schade door vernietiging van het vonnis met zijne gevolgen altijd nog wel te verkrijgen zijn. De wetgever onderstelt dit zelf in het eenige geval van dezen aard dat hij opzettelijk behandelt. Volgens art. 247 B.W. kunnen de schuldeischers van den man zich tegen het vonnis waarbij de scheiding van goederen werd uitgesproken verzetten, al ware het reeds tenuitvoergelegd, indien hunne rechten daardoor opzettelijk mochten verkort zijn. En dit ligt in den aard der zaak. Want het verzet tegen het vonnis is hier inderdaad een verzet tegen de handeling der partijen, het door hen gevoerd geding waarmede zij de opzettelijke verkorting der rechten van de schuldeischers pleegden en waarvan het vonnis het gevolg is. In deze categorie van gevallen kan de schorsing op zich zelve van minder belang voor den eischer zijn, en kan dit bij den rechter in de schaal worden gelegd tegenover de belemmering welke de provisie aan de partijen die het vonnis verkregen, in de uitoefening van hun recht veroorzaakt. Dit neemt echter niet weg dat het belang des eischers ook hier kan medebrengen dat de feitelijke toestand blijve totdat over het verzet uitspraak zal zijn gedaan en de bevoegdheid des rechters, om de schorsing uit te spreken, is in art. 379 voor alle gevallen toegekend.

Zeker is het voor den eischer van het hoogste belang dat, bepaaldelijk in de gevallen waarin het derde verzet, tegen de uitvoering van het vonnis gericht is de schorsing worde uitgesproken. Zijne benadeeling toch zal juist door de uitvoering van het vonnis in werkelijkheid plaats hebben; na die uitvoering wordt zijn verzet doelloos. Had dan de wetgever in deze gevallen de schorsing niet als een noodzakelijk gevolg aan 't derde verzet moeten verbinden? Zeker, indien dan niet wederom het verzet gegeven om eene benadeeling van een derde te voorkomen, als een middel kon worden gebezigd om de veroordeelde partij een uitstel van executie te bezorgen. De fransche wetgever vreesde dit zoozeer, dat hij de schorsing zelfs verbood ten aanzien van vonnissen in kracht van gewijsde gegaan, houdende veroordeeling tot ontruiming van een erf. Art. 478

C. de pr. De bepaling werd overgenomen uit art. 11, tit. XXVII van de Ord. 1667. De commentatoren van de Ord., als RODIER, legden deze bepaling uit in verband met het doel dat de wetgever er mede zou gehad hebben, nl. het verzet van een „tiers de complaisance" van zijn kracht te berooven. Daarom beperkten zij het verbod van schorsing tot het geval dat een bezitter tot ontruiming veroordeeld was. Was de veroordeelde houder, dan lieten zij het toe. Waar de schorsing was uitgesloten, begreep de Ord. dat de derde aan zijn verzet niets had en verwees hem in dat geval naar den gewonen weg van rechte. Dit doet de Code evenwel niet, maar zegt daarentegen, dat door het verbod van schorsing het derde verzet niet geprejudiceerd wordt. Ik geloof dat de fransche wetgever door dit „ménager la chèvre et le chou" den aard van het derde verzet heeft miskend en de uitleggers van den Code, die de onderscheiding van RODIER niet overnemen, hebben daartoe tot m.i. geheel ongerechtvaardigde toepassingen van het derde verzet de deur geopend. Onze wetgever wist dan ook kennelijk met art. 478 C. d. pr. geen weg. „Men heeft," lezen wij bij v. D. HONERT, „het vermogen van den rechter om het vonnis te schorsen algemeen gemaakt, zonder daarvan uit te sluiten het geval van veroordeeling om het bezit van een erf te laten varen, voor welke uitsluiting men geen goede reden heeft kunnen vinden." Onze wetgever heeft hier te recht de traditie naar haar reden van bestaan gevraagd en deze niet vindende haar niet gevolgd. Het komt hier, dunkt mij, goed uit. Want zonder zich nu precies aan de onderscheiding van RODIER te houden, 'kan onze rechter op de mogelijkheid acht geven dat het derde verzet als „acte de complaisance" wordt uitgeoefend en dan de schorsing weigeren. Onze wetgever handelde ook verstandig door niet, als in art. 478 § 1 van den Code, uitdrukkelijk te zeggen, dat het verbod van schorsing of dan ook de ontzegging van de schorsing aan het derde verzet niet prejudiceert. Immers die bijvoeging geeft grond tot de onderstelling dat de derde, niettegenstaande de uitvoering van het vonnis niet geschorst wordt, er nog wat aan moet kunnen hebben. Beteekent het toch eenvoudig, dat hij niettemin met verzet kan voortgaan, dan behoefde dit niet gezegd te worden? Dit kon de wetgever aan den derde zelven ter beoordeeling overlaten. Zal hij er dan nog iets of inderdaad niets meer aan hebben? Da zal daarvan afhangen, of het nadeel dat hij door de uitvoering van het vonnis lijdt, al of niet voor herstel vatbaar is. Was de veroor-

deelde bezitter, dan zal het derde verzet op een werkelijk bestaand recht gegrond moeten zijn, en dit bewezen moeten worden, om de zaak die de veroordeelde bezitter aan zijn eischer krachtens het vonnis opleverde, van dezen terug te bekomen. Was het een middel om den in 't gelijk gestelden eischer op te houden, de schorsing zal dit verijdelen en den eischer in geval van verzet van verder procedeeren kunnen doen afzien. Was daarentegen de veroordeelde houder van de zaak, bijv. een huurder die zijn verhuurder niet in het geding riep, dan kan het voor den derde van meer belang zijn om de schorsing te verkrijgen. De derde is dan zoo licht niet een „tiers de complaisance" omdat de veroordeelde, door hem niet te roepen, zijn recht miskende en het is voor den derde van groot belang, dat het goed in het bezit van den huurder blijve. Wordt de schorsing niet toegelaten, dan zal, werd het verzet desniettemin gegrond bevonden, de door den huurder uitgeleverde zaak weder op dezen moeten teruggaan om den toestand te herstellen, zooals die voor het vonnis was. Het is derhalve van het grootste belang dat de schorsing niet door de wet aan het derde verzet gebonden worde, hetzij vanzelf, hetzij door 's rechters uitspraak, maar evenmin dat zij, zelfs bij geschil over onroerend goed, verboden worde. De bevoegdheid des rechters om de schorsing naar omstandigheden te verleenen, verdient hier derhalve de voorkeur.

Loopt het verschil over een roerend goed, dan kan de schorsing van de uitvoering van het vonnis voor den derde van het grootste belang zijn, wanneer ik beweer dat de zaak welke B. veroordeeld werd aan A. uit te keeren, aan mij toebehoort en A. een onvermogend man is of ik om andere redenen te vreezen heb, dat ik de mij toebehoorende zaak bij A. niet zou vinden. Zie DE PINTO op § 272, II, bl. 507. Intusschen word ik door de schorsing van het vonnis nog niet altijd geholpen, indien ik geen revindicatoir beslag op het goed leg en zelfstandig de zaak opvorder. Want al had A. de veroordeeling verkregen krachtens een tegen B. van waarde verklaard revindicatoir beslag, hij wordt daardoor niet verplicht om de zaak voor mij onder zich te houden en mijn verzet belet hem wel om de zaak aan A. uit te leveren, maar niet om haar op andere wijze weerloos te maken. Ik zal dan tot het derde verzet eerst de toevlucht nemen als ik geen bevelschrift van den president kan krijgen voor het revindicatoir beslag. Wordt mij dit evenwel geweigerd, dan zal tegen de schorsing ook allicht bezwaar bestaan en dan helpt mij het middel van derde

verzet niet. Dat derde verzet kan dus wel gebruikt worden in het hier bedoelde geval, maar het geeft niet veel, gelijk het dan ook in 't geheel wel gemist kan worden. Zelfs bij onroerend goed zou men er niet verlegen om zijn, indien daarbij revindicatoir beslag was toegelaten. Na 20 jaar wachtens kregen we in 1896 het conservatoir beslag op onroerend goed; men dacht er niet aan om ook het revindicatoir toepasselijk te maken, ofschoon daarvoor gelijke reden bestaat.

BOEKDRUKKERIJ voorheen E. J. BRILL, LEIDEN.